IX.

Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, dabey auch über den Gang der Rechtsbildung und die Befugnisse der Gerichte.

Von Herrn Dr. Jordan, ord. Prof. der Rechte zu Marburg.

§. 1.
Vorbemerkung.

Groß ist bekanntlich das Ansehen, dessen sich die Praxis oder der Gerichtsgebrauch in allen Theilen des gemeinen Rechts zu erfreuen hat. Alle Schriften über das gemeine deutsche Recht, so wie die tägliche Erfahrung bey den Gerichten, gewähren die sprechendsten Belege hierfür. Der Grund dieses Ansehens, welchen man in neuester Zeit [1]) sogar in einer, den Gerichten zustehenden — wenigstens negativen — Gesetzgebungsgewalt finden will, liegt tiefer in der Natur der Sache selbst. Der Gang der Rechtsbildung und die aus diesem, so wie aus der natürlichen Beschaffenheit der Gesetze und des Rechtsbedürfnisses fließenden Befugnisse des Richteramtes geben die besten Aufschlüsse über jenen Grund, so wie über das Wesen, den Begriff und die rechtliche Bedeutsamkeit des Gerichtsgebrauches selbst. Hierüber nun einige Bemerkungen mitzutheilen, dürfte um so weniger überflüssig seyn, als man gerade jetzt in Deutschland, nach erkämpfter äußerer Ruhe, alles Ernstes bemüht ist, auch den innern rechtlichen Zustand durch zeitgemäße Reformen in der

1) M. s. z. B. Gerstäcker im neuen Arch. des Criminalr. VI. Bd. No. 19. S. 463 u. folg.

Gesetzgebung, wobey der vorliegende Gegenstand nicht unbeachtet bleiben darf, zu regeln und zu befestigen; sey es auch nur zu dem Zwecke, um tiefere Forschungen, als sie der Verf. der folgenden Bemerkungen zu geben im Stande ist, dadurch zu veranlassen.

§. 2.

Allgemeine Bemerkungen über den Gang der Rechtsbildung.

Das Recht, als Norm für den äußeren gegenseitigen Verkehr der Menschen, und so als Mittel zur Begründung und Erhaltung eines geordneten Friedenszustandes unter sich, ist das Erzeugniß des Bedürfnisses, und daher so alt, als dieses. Das älteste Recht eines Volkes beruht deshalb immer auf Gewohnheit, die sich aus dem Bedürfnisse hervor-, und diesem angemessen ausbildet, und sich allmälig nach der Zunahme des Bedürfnisses und der geistigen Ausbildung erweitert und vervollständigt. Das Recht wird dadurch ein treues Gebilde des Stoffes, für den es Form und Regel seyn soll; es wird kenntliches Gepräge des Volkes, bey welchem es entstand, und welches in demselben die eigenen Rechtsansichten ausspricht. Denn das Recht ist ursprünglich immer eine Angelegenheit des gesammten Volkes, der ganzen Gemeine, für das oder die es bindende Norm seyn soll. Mit der Fortschreitung der Cultur, welche die Staaten aus natürlichen Erzeugnissen des Bedürfnisses nach und nach in Kunstgebilde umgestaltet, bildet sich auch diese natürliche Rechtsgestaltung allmälig in eine künstliche um. Das Recht wird jetzt allmälig von einer eigenen gesetzgebenden Gewalt zum Voraus bestimmt, während zuvor für neue Fälle die passenden Normen erst nach ihrem Eintreten aufgesucht und bestimmt wurden; es werden eigene Behörden aufgestellt, die sich mit dem Rechtsprechen, was zuvor von Allen, oder von aus Allen für einzelne Fälle ausgewählten Urtheilern geschah, ausschließlich beschäftigen; das Recht wird complicirt, und der Gegenstand eines eigenen

Studiums und so einer eigenen Kaste, während es zuvor einfach, von Allen gekannt, einer wissenschaftlichen Behandlung unbedürftig und so Gegenstand des ganzen Volkes war. Dies ist der historische Gang, den die Rechtsbildung ohne wesentliche Unterschiede bey allen Völkern nahm, welche sich aus der Rohheit entwickelt haben. Man kann hierbey die zwey Quellen des Rechts, die Vernunft und Erfahrung, welche sich im künstlichen Rechtsgange als Philosophie und Geschichte, als Wissenschaft und Praxis nach den kunstgemäßen Bezeichnungen darstellen, durchaus nicht verkennen. Die Erfahrung liefert den Stoff, und die Vernunft, nach ihrer jedesmaligen Ausbildung bey der vorzüglicheren Mehrheit des Volkes, die rechtliche Form (die Rechtsansicht), welche der Verstand auf eine, dem Stoffe entsprechende Weise als wirkliche Norm ausspricht, so daß der Verstand aus den beiden Quellen des Rechts, aus der Erfahrung und Vernunft, das geltende Gesetz schafft. Für diese Thätigkeit des Verstandes hat man die technische Benennung der Gesetzgebungspolitik in den späteren Zeiten erfunden. Dem Wesen nach darf die künstliche Rechtsbildung von der natürlichen und ursprünglichen nicht abweichen. Philosophie, Geschichte und Politik müssen bey dieser einander die Hand bieten. Ohne Philosophie würde das Gesetz der rechtlichen Grundlage, ohne Geschichte des Stoffes, und ohne Politik der Zweckmäßigkeit entbehren. Aus der Philosophie muß der Gesetzgeber die jedesmal herrschenden Begriffe und Ansichten des Volkes über Recht und Unrecht, aus der Geschichte die Gegenstände, welche des Gesetzes bedürfen, und aus der Politik die beste Art und Weise schöpfen, die Gesetze den vorhandenen Rechtsansichten und Gegenständen anzupassen. Nur auf diese Weise werden die Gesetze dem Zwecke ihres Daseyns entsprechen, eine allseitige und dauerhafte Ordnung begründen, und einer Achtung genießen, welche ihre Beobachtung besser und fester gewährt, als aller äußere Zwang. Die Gesetze, wenn sie auf Gediegenheit, Güte und Zweckmäßigkeit Anspruch

machen wollen, dürfen niemals mit den herrschenden Rechtsansichten und den äußeren Verhältnissen des Volkes im Widerspruche stehen, sondern müssen der Wissenschaft und dem Leben gleichmäßig Genüge leisten. Damit aber die Gesetze den jedesmaligen Rechtsansichten und Verhältnissen, mit Einem Worte, dem Bedürfnisse des Volkes entsprechend abgefaßt werden und bleiben können, sind, da einmal die Rechtsansichten eines Volkes mit den Fortschritten der Cultur sich immer mehr veredeln, und dann auch die äußeren Verhältnisse desselben fast in demselben Maaße sich verändern und erweitern, vorzüglich zwey Dinge nöthig: einmal, daß die gesetzgebende Gewalt die Rechtsansichten und Verhältnisse des Volkes genau kenne und in dieser Kenntniß fortwährend bleibe, und dann, daß die Gesetze von Zeit zu Zeit auf eine der Veränderung des Bedürfnisses angemessene Weise reformirt werden. Beides ist nur dadurch möglich, daß entweder das Volk selbst an der Gesetzgebung Antheil habe, oder daß diejenige Kaste von Staatsbürgern, welche im künstlichen Staatsleben sich mit dem Rechte, nämlich mit der Gesetzeserklärung und Anwendung, beschäftigen, d. i. die theoretischen und practischen Rechtsgelehrten, und ihre Producte, bey der Gesetzgebung zu Rathe gezogen, und alle sich etwa gebildet habenden Gewohnheiten berücksichtigt werden. Werden diese Elemente genau mit den bestehenden geschriebenen Gesetzen verglichen, so wird sich die Nothwendigkeit und die Art der Gesetzesreformation leicht erkennen lassen. Nur so werden die Gesetze dem Zwecke ihres Daseyns entsprechen, und eine passende Form des vorhandenen Stoffes seyn, da sie aus dem Volksgeiste und Leben geschöpft sind, und nach diesem und jenem sich fortbilden. Wie bey allen Dingen die Form das Erzeugniß des Wesens seyn muß, wenn jene Zweckmäßigkeit ansprechen will, so muß dieses auch bey den Gesetzen der Fall seyn. Diese können jedoch niemals in einer solchen Vollständigkeit, daß sie alle möglichen Fälle, die im wirklichen Leben sich ereignen können, mit gleicher Umsicht erschöpften, und in einer solchen

Deutlichkeit gegeben werden, daß über ihren wahren Sinn gar kein Zweifel entstehen könnte. Denn es übersteigt die menschlichen Geisteskräfte, voraus zu bestimmen, was sich in rechtlicher Hinsicht im Leben möglicher Weise künftig ereignen werde, und sich mit Worten so auszudrücken, daß jedem Doppelsinne, jeder Mißdeutung, jeder Unverständlichkeit für immer vorgebeugt wäre. Vielmehr kann die Gesetzgebung, da sie nur aus dem Vorhandenen und daraus, was sich aus der Vergleichung des Vergangenen mit dem Gegenwärtigen als wahrscheinliches Künftiges voraussehen läßt — und wie trüglich ist nicht dieses? — schöpfen kann, nicht anders als mangelhaft ausfallen, wozu noch die Armuth der Sprache kommt, welche diese Mangelhaftigkeit vermehrt; sie kann nicht sogleich, wenn sich bey irgend einem neuen, oder wenigstens mit neuen Modificationen begleiteten, Falle ein wirklicher Mangel der Gesetze zeigt, eine neue Norm schaffen, die auch auf den sie veranlaßt habenden Fall angewendet werden könnte, da Gesetze keine zurückwirkende Kraft haben. Die Gesetze haben keine organisirende Kraft in sich, durch welche sie sich allmälig, nach Maaßgabe des eintretenden Bedürfnisses, von selbst fortbilden könnten. Das Gesetz ist an sich etwas Todtes, während das äußere Leben in fortwährender Lebendigkeit sich stets neu gestaltet, und durch die eigene innere Kraft besteht und wirkt. Es müssen daher Elemente im Staatsleben bestehen, welche der Mangelhaftigkeit, Dunkelheit und Starrheit der Gesetze abhelfen, jeden entstehenden Widerstreit zwischen Gesetz und Leben ausgleichen, jenes diesem fortwährend anpassen; also sorgen, daß der lebendige Stoff niemals der zweckmäßigen Form entbehre und in Verwirrung gerathe; welche mithin den Gesetzen Leben dadurch, daß sie aus und nach jenen für alle möglichen Rechtsfälle Entscheidungsnormen auffinden, und jene nach dem Leben modificiren, und dem Leben Gesetzlichkeit dadurch gewähren, daß kein vorkommender Rechtsfall unentschieden bleibt; auf diese Weise von einer Periode der Gesetzesreformation bis zur andern im Geiste der

Gesetze fortwirken, die Gesetze nach dem Leben und dieses nach jenem gestalten, und so der Gesetzgebung zugleich nachhelfen und vorarbeiten.

Diese Elemente sind: 1) das Volk selbst, welches durch Autonomie und Gewohnheit, 2) die Gerichte, welche durch Gerichtsgebrauch, und 3) die Rechtsgelehrten, welche durch Wissenschaft wirksam sind. Alle drey Elemente werden zwar durch die Gesetze geleitet und beschränkt, in so fern ihr Streben nicht gegen die Gesetze gerichtet, sondern nur diesen angemessen seyn darf; aber sie leiten hinwiederum auch die Gesetzgebung, in so fern diese nur aus ihnen die Rechtsansichten und practischen Verhältnisse des Volkes erkennen kann. Alle drey stehen daher mit der Gesetzgebung, aber auch unter sich selbst, in einer beständigen Wechselwirkung. Das Volk — natürlich mit Ausschluß der Kaste der Rechtsgelehrten ex professo — bildet für neue, im Gesetze nicht berücksichtigte, oder dunkel bestimmte Rechtsverhältnisse Gewohnheiten, durch die es auch das bestehende Recht, in so fern es dunkel, unzweckmäßig u. s. w. ist, gestaltet, oder schafft vermöge der Autonomie, die ihm immer wenigstens in so weit zusteht, als kein ausdrückliches gesetzliches Verbot im Wege steht, durch ausdrückliche Willenserklärung neue Normen (Statute). Die Rechtsgelehrten, mit Ausschluß der Richter, erklären Gesetze und Gewohnheiten, entwickeln den vollständigen Sinn und Inhalt derselben; suchen deren Principien, Gründe und Zwecke auf, prüfen ihre rechtliche Haltbarkeit und Anwendbarkeit; stellen, dadurch veranlaßt, eigene Ansichten hierüber und darüber, was überhaupt Rechtens sey, wie die Gesetze in rechtlicher und politischer Hinsicht beschaffen seyn sollen, in Systemen oder bey andern Gelegenheiten auf, welche (Ansichten), wenn sie Beyfall finden, ganz oder theilweise oder mit Modificationen allmälig allgemein, und so Volksansichten werden; cultiviren auf diese Weise vorzüglich die rechtliche und politische Seite der Gesetze, und wirken so für die Gesetzgebung, Wissenschaft und Anwen-

dung (Praxis) gleich wohlthätig. Sie thun dieses bald durch Gutachten (respondendo), bald durch rechtliche Beystandsleistung (agendo vel defendendo), bald durch Unterricht (docendo), und bald durch Schriften (libris). Die Gerichte endlich benutzen die Resultate der Doctrin; erklären, erläutern, ergänzen und modificiren die Gesetze gleichfalls zum Zwecke unmittelbarer Anwendung; liefern durch die Entscheidungen der verschiedenen Fälle Stoff für die Doctrin und Legislation; passen beide der Wirklichkeit an u. s. w. Besonders wirken Doctrin und Praxis, wenn sie in freundlicher Stellung zu einander bleiben, vortheilhaft auf einander, und so gemeinschaftlich auf die Rechtsbildung ein. Ohne Praxis würde die Doctrin nur zu leicht unpractisch und so unbrauchbar, und jene ohne diese nur zu leicht unwissenschaftlich und so Willkühr und Schlendrian; diese erhält durch jene neues, frisches Leben, jene durch diese neuen practischen Stoff, und die Rechtsbildung durch beide Lebendigkeit, Gründlichkeit und Allseitigkeit.

§. 3.
Bestätigung der allgemeinen Bemerkungen aus dem Gange der römischen und deutschen Rechtsbildung.

Diese allgemeinen Ansichten werden auch durch die Geschichte des Ganges der Rechtsbildung bey den Römern und Deutschen bestätigt.

I. Wenn auch den ältesten Rechtszustand der Römer ein bis jetzt noch nicht völlig aufgehelltes Dunkel umhüllt, so ist doch so viel außer Zweifel, daß auch zu der Zeit, als die Römer bereits ein jus scriptum verschiedener Art hatten [2],

---

2) Vergl. Hugo, Rechtsgesch. Ausg. v. 1818. §. 59. §. 166. u. folg. Die Titel 3. u. 4. des I. B. der Dig., die Titel 14. u. 16 des I. B. des Cod. und Tit. 2. des I. B. des Inst. Heineccii Antiquitatt. Romm. ed. Haubold. Francof. 1822. pag. 33. folg.

ein großer, ja der bey weitem größere Theil des Rechts noch Gewohnheitsrecht im weiteren Sinne (jus non scriptum) war [3], welches theils in den moribus majorum, theils in den edictis magistratuum und theils in der auctoritate jurisperitorum bestand [4], so daß wir bey den Römern die drey bildenden Elemente des Rechts: das Volk — in so weit ihm nicht in seiner Gesammtheit die gesetzgebende Gewalt selbst zustand — die Gerichte (Obrigkeiten) und die Rechtsgelehrten wirklich antreffen [5]. Vorzüglich waren es die Prätoren und Rechtsgelehrten, welche gleichsam Hand in Hand des Rechts gemeinschaftlich pflegten und es fortbildeten. Jene suchten insbesondere das strenge gesetzliche Recht (jus civile im Gegensatze des jus honorarium) den wirklichen Rechtsverhältnissen anzupassen, indem sie es nach den Grundsätzen der aequitas milderten, ergänzten und erweiterten, auf diese Weise in mancher Beziehung wohlthätig wirkten, und den Vorwurf, welchen man ihnen machte [6], wohl nicht verdienten [7]. Der Prätor konnte sich, nach seinem Standpunkte in dem damaligen römischen Staatsorganismus, Manches erlauben, was freylich bey unseren Obrigkeiten sehr auffallen und nicht angehen würde. Wenn die Gesetze noch roh und im hohen Grade mangelhaft sind, so **muß** man den Gerichtsbehörden größere Befugnisse einräumen, soll anders nicht, anstatt der Gerechtigkeit, die Ungerechtigkeit walten, abgesehen davon, daß es nicht wohl zu begreifen seyn würde, wie es

---

3) Mackeldey, Lehrb. der Instit. 1. Ausg. §. 21. folg.

4) Heinecc. l. c. p. 43. folg. Mackeldey, l. c. Ob auch die auctoritas rerum judicatarum hieher gehöre, ist wohl nicht ausgemacht.

5) Vergl. Roßhirt, Grundlin. des Röm. Rechts. Heidelb. 1824. S. 20. lit. c.

6) Z. B. Heinecc. l. c. Lib. I. Tit. II. §. 24. p. 49.

7) M. s. Hugo, l. c. §. 179. S. 279. folg. K. S. Zachariä, die Wiss. der Gesetzgeb. Leipz. 1806. S. 100.

möglich wäre, alle vorkommenden Fälle nach solchen Gesetzen richtig zu entscheiden, wenn dem entscheidenden Richter die Hände so sehr gebunden wären. Aus diesem Grunde hatten alle höheren magistratus der Römer überhaupt größere Befugnisse, und namentlich die Befugniß, innerhalb ihres Wirkungskreises Verordnungen zu erlassen, wenn es an passenden Normen fehlte. Bey weitem am größten war die Wirksamkeit der Rechtsgelehrten. Das ganze von selbst entstandene Recht, welches vorzugsweise das jus civile [8]) hieß, wurde größtentheils von den Rechtsgelehrten ausgebildet [9]), so daß die Behauptung [10]), bey den Römern finde man die Aufgabe gelöst, die Jurisprudenz an die Stelle der Gesetzgebung zu setzen, kaum an Uebertreibung gränzt, da die eigentlichen Gesetze sehr unbeträchtlich waren, und die Edicte der Prätoren, so wie nachher die kaiserlichen Constitutionen, meistens nur in wissenschaftlichen Entscheidungen bestanden; was freylich nur in Ansehung des Privatrechts vorzüglich gilt. Sind ja selbst in Justinian's Rechtssammlung die Auszüge aus den Schriften der Rechtsgelehrten der bey weitem reichhaltigste und wichtigste Theil, so daß der hohe Werth, den man dem römischen Rechte noch heutzutage beylegt, ihm vorzüglich nur jener Auszüge wegen gebührt. Die Wirksamkeit der Juristen ist darum von so großem Werthe, weil sie sich nicht mit speculativen, für das wirkliche Leben oft nutzlosen Theorien befaßten, sondern ihre ganze Thätigkeit für die wirkliche Anwendung (Praxis) berechnet war, indem sich bey den Römern überhaupt nie die Theorie von der Praxis getrennt hatte, und nie eine eigene Rechtsphilosophie in unserem Sinne von dem positiven d. i. wirklich geltenden Rechte genau unterschieden wurde. Analyse der Gesetze und des practischen Lebens war das Haupt-

8) l. 2. §. 6. u. 12. D. de O. J. (1, 2.) Mackeldey, l. c. §. 29. Cf. Heinecc. l. c. S. 59.

9) Vergl. Hugo, l. c. §. 180.

10) K. S. Zachariä, l. c. S. 98.

bestreben der Juristen, indem sie in ihren Interpretationen, worunter man wohl nicht bloß Gesetzesauslegungen im heutigen Sinne [11]), sondern vorzüglich auch das, was wir Analogie nennen, zu begreifen hat, und Responsen u. s. w. nicht nur die dunkelen Gesetze erklärten, sondern auch und besonders das unvollständige Recht ergänzten [12]), so daß sie mit Recht auctores und conditores juris genannt werden konnten [13]). Sie arbeiteten daher recht eigentlich für die Praxis, welche die übereinstimmenden Meinungen aller de jure respondirenden Juristen wie Gesetze respectirte [14]), und dieselben in zweifelhaften Fällen um Rechtsbelehrung anging [15]). Vortheilhaft für die Rechtsbildung war es aber nicht, daß es später den Richtern zur Pflicht gemacht wurde, von den Gutachten der nun privilegirten Rechtsrespondenten nicht abzugehen [16]); und noch mehr zu tadeln ist Justinian's Beschränkung [17]) der Wirksamkeit der Rechtsgelehrten; denn da er durch sein Machtgebot die Elemente der Rechtsbildung unthätig machte, mußte auch das Recht selbst erstarren, und, nun entzogen der Pflege der freyen Geistesthätigkeit, ohne weitere selbstständige Fortbildung bleiben. Die Bruchstücke in den Pandecten sind traurige Ueberreste besserer Zeit, gleichsam die sprechenden Zeugen der politischen und geistigen Abnahme der damaligen Zeit, die sich keine Kraft zutraute, in der betretenen Bahn der Rechts-

---

11) Cf. Hugo, l. c. S. 286.

12) M. s. bes. Heinecc. l. c. S. 54. folg.

13) Z. B. in l. 3. D. si pars hered. pet. (5, 4.) l. 39. D. de act. emt. (19, 1.) l. 17. D. de jure patr. (37, 14.) l. 23. C. de procurat. (2, 13.)

14) Gajus I. 1. c. 7.

15) l. 2. §. 47. D. de O. J. (1, 2.) Gellius Noctt. Att. XII. 13. Car. Sigon. de antiquo jure civ. Rom. II. 18.

16) §. 8. Inst. de jure n., g. et civ. (1, 2.) L. 2. §. ult. D. de O. J.

17) §. 2. et seq. Const. de concept. Dig.

bildung der Vorfahren selbstthätig vorwärts zu schreiten; gleichsam die Grabschriften hingeschwundener kräftigerer Jahrhunderte. Es ist der klarste Beweis der Schwäche eines Volkes, wenn es aus dem Grabe der Vergangenheit die Gesetzestrümmer zusammenliest, um sich aus denselben eine Gesetzgebung für die Gegenwart, eine Krücke für die geistlahme Zeit, mosaikartig zusammenzufügen [18]. Jetzt war es, besonders bey der großen Masse von Gesetzen, nicht mehr wohl möglich, daß die Jurisprudenz gedeihen konnte, die vielmehr, so wie die Pflege des Rechts durch Herkommen und Praxis, unter jener Masse erliegen mußte. Denn je mehr sich die positiven Gesetze anhäufen, und je weniger sie den genannten bildenden Elementen Spielraum gestatten, desto mehr muß die eigentliche Jurisprudenz abnehmen, und das Recht in starren Formalismus, der den Geist tödtet, übergehen. Genug, seit der Zeit, wo die Gesetzgebung ganz in den Händen der Imperatoren lag, wo gewissermaßen es im römischen Staate wieder so wurde, wie es nach der Sage in Roms ältesten Zeiten war [19], und die bildenden Elemente des Rechts immer mehr gelähmt wurden, ging es mit der römischen Rechtsbildung nicht mehr vorwärts, und zehrte man nur an dem geistigen Marke der Vorfahren.

II. In Deutschland war es ursprünglich ebenfalls das aus dem Leben hervorgegangene Bedürfniß, welches dem Rechte Daseyn, Gestalt und Richtung gab. Schon zur Zeit der ältesten Volksgesetze, deren schriftliche Abfassung nämlich durch verschiedene äußere Umstände veranlaßt wurde [20], waren die drey bildenden Elemente des Rechts, wenn auch noch nicht kastenmäßig getrennt, doch wenigstens im Keime

---

18) M. s. über den Werth des Röm. Rechts: A. F. J. Thibaut, über die Nothwendigkeit eines allgem. bürgerl. Rechts für Deutschland. Heidelb. 1814.

19) Tacit. Annal. III. 26. l. 2. §. 2. D. de O. J. (1, 2.)

20) M. s. Fr. Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgesch. §. 30.

vorhanden und wirksam: das Volk nämlich, die Gerichte und die Rechtsverständigen. Das Volk, in so fern es nicht in seiner Totalität als gesetzgebend thätig war, wirkte durch die Fortbildung des Gewohnheitsrechtes, das neben den geschriebenen Gesetzen, welche selbst größtentheils nur aufgezeichnete Gewohnheiten waren, noch fortbestand, da einmal nicht alle Gewohnheiten in die Volksgesetze aufgenommen worden sind [21], und diese selbst einer Ergänzung und weiteren Ausbildung bedurften. Die Gerichte, wenn man von dem vorsitzenden und leitenden Richter absieht, der auf das eigentliche (materielle) Rechtsprechen gar keinen Einfluß hatte [22], wurden zwar ebenfalls aus dem Volke besetzt, indem (wenigstens vor Karl dem Großen) entweder sämmtliche in den Gerichtstagen Anwesende, oder einige ausgewählte Standesgenossen der Partheyen als Schöffen das Urtheil fanden [23]; es waren aber die Urtheiler in dieser ihrer Eigenschaft doch anders für die Rechtsausbildung thätig, als sonst, und daher in dieser Rücksicht vom Volke zu trennen. Wie umfassend die Wirksamkeit der Gerichte in Bezug auf die Rechtsbildung war, und daß sie bey der Mangelhaftigkeit der Gesetze und der Zunahme des rechtlichen Verkehrs fast allein das Recht fortbildeten und ergänzten, ist zu bekannt, als daß es hier eines Beweises bedürfte. Für die Rechtsverständigen dieser Zeit, welche in zweifelhaften Fällen, wenn nämlich die Urtheiler selbst kein Recht finden konnten, Rechtsbelehrung ertheilten, sind die Sachmänner (Sagibarones) der Salier zu halten, wie Maurer [24]) mit siegenden Gründen gezeigt hat. Daß solche

---

21) Biener, Commentar. de origine et progressu legum juriumque Germanic. P. I. §. 11. und die dort in Not. 5. Angeführten.

22) G. L. Maurer, Gesch. des öff. mündl. Gerichtsverf. Heidelb. 1824. §. 7.

23) Maurer, a. a. O. §. 8.

24) a. a. O. §. 10.

Sachmänner auch bey andern Völkern wahrscheinlich vorhanden waren, z. B. in Baiern (judex genannt) [25], ist wohl kaum zu bezweifeln, da das Bedürfniß der Rechtsbelehrung auch bey andern Völkerstämmen eintrat, und diese später, nur in einer anderen Form [26], so allgemein vorkam, daß man das frühere allgemeine Daseyn dieser Sitte kaum bezweifeln kann. Auch die ziemlich allgemein gestattete Zulässigkeit von Rednern und Gewalthabern [27], so wie die Formelbücher [28], setzen die Existenz von Personen, welche sich vorzugsweise mit dem Rechte beschäftigten, völlig außer Zweifel. Diese drey Elemente blieben in beständiger Wechselwirkung bis zu uns herab. Nur war im Mittelalter, bevor sich das römische Recht in Deutschland befestigt hatte, die Wirksamkeit der Gerichte vorherrschend. Zwar hat um jene Zeit auch das Volk noch durch autonomische Normen, z. B. Statuten, Dienstverträge u. s. w., zur Erweiterung des Rechtes beygetragen; aber vorzüglich waren es die Gerichte, welche seit dem zehnten und eilften Jahrhundert, wo die geschriebenen Volksgesetze in ihrer Eigenschaft als geschriebenes Recht allmälig in Vergessenheit kamen, und das Recht wieder anfing als ungeschriebenes fortzubestehen [29], sich der Rechtsbildung völlig bemeisterten, indem jetzt die allgemeine Meinung in das Richteramt die Befugniß und die Verbindlichkeit setzte, das Recht zu ergänzen und der Zeit anzupassen [30], auch die oberste Staatsgewalt nur in außerordentlichen Fällen, wenn sie von den Partheyen besonders angegangen wurde, ein-

---

25) Lex Bajuv. tit. 2. c. 15. §. 2. c. 16. 18. 19. **Maurer**, a. a. O. S. 22.

26) **Maurer**, a. a. O. §. 160.

27) **Maurer**, a. a. O. §. 13.

28) **Mittermaier**, Grundს. des gemeinen deutschen Privatrechts. Landsh. 1824. §. 19. und dort Not. 5.

29) **Eichhorn**, a. a. O. §. 257.

30) **Eichhorn**, a. a. O. §. 258.

schritt, was sie, nach dem von Willmhind [31]) erzählten Beyspiele zu urtheilen, nur selten zu thun wagte. Auch die Rechtsbelehrungen, wenn ein Gericht kein Urtheil finden konnte, und nicht auf einen Dritten compromittirt wurde [32]), geschahen von anderen angeseheneren Gerichten (Oberhöfen) [33]), deren wichtigere Aussprüche um diese Zeit allein gesammelt wurden (Weisthümer) [34]). Am unerheblichsten waren um jene Zeit die Früchte der Rechtsgelehrten, welche erst dann, als das Studium des römischen Rechts neu aufzuleben begonnen hatte, wichtig zu werden anfingen. Seit dem völligen Siege des fremden Rechts [35]) arbeiteten die Doctrin, welche nun begründet wurde, und die Praxis einander recht eigentlich in die Hände. Zwar wurde seitdem die Schöffenverfassung völlig verdrängt, und traten, bei der immer mehr sich ausbildenden Landeshoheit, an die Stelle der Oberhöfe die neu entstandenen Hofgerichte [36]), indem jetzt zum Rechtsprechen ein vorausgegangenes besonderes Rechtsstudium erforderlich ward, mithin die unstudirten Schöffen von selbst wegfallen mußten [37]); aber darum hörten die Rechtsbelehrungen nicht auf, welche jetzt nur von den höheren Reichs- und Landesgerichten, den Juristenfacultäten der allenthalben aufblühenden Universitäten und den Schöppenstühlen ausgingen. Die Doctrin und Praxis hatten jetzt, bey dem

---

31) In Annal. Corbej. Lib. II. bey Meibom. Tom. I. p. 644.

32) Maurer, a. a. O. §. 158.

33) Eichhorn, Einl. in das deutsche Privatrecht. Gött. 1823. §. 5. Mittermaier, l. c. §. 2. u. 21, auch §. 24.

34) Eichhorn, l. c. Mittermaier, l. c. Runde, Grundſ. des gem. deutschen Privatr. §. 36. u. folg.

35) Eichhorn, Rechtsgesch. §. 269. 440. folg.

36) Mittermaier, a. a. O. §. 3.

37) S. Mittermaier, der gem. deutsche bürg. Proc. in Vergleich. mit dem Preuß. ꝛc. II. Beytr. No. 1. S. 4. folg.

Bestehen des fremden Rechtes und der deutschen Rechtsinstitute, deren Sammlung vorzüglich durch jenes veranlaßt worden war [38], zwar nicht mehr das Recht selbst zu schaffen, wohl aber das fremde und einheimische Recht gehörig zu erklären, die Anwendbarkeit des ersteren auf die einheimischen Rechtsverhältnisse zu bestimmen, das Anwendbare von dem Unanwendbaren sorgfältig auszulesen, den zwischen beiden Rechtsquellen entstandenen Streit auszugleichen, die Lücken, an denen es natürlich auch jetzt noch nicht fehlen konnte, durch Auslegung und Analogie zu ergänzen; kurz, aus der großen Masse von Rechtsmaterialien ein für die deutschen Ansichten und Verhältnisse passendes Gebäude aufzuführen — eine Arbeit, die nicht wohl ein Gesetzgeber, sondern nur die Wissenschaft und das Leben durch harmonisches Zusammenwirken allmälig zum gewünschten Ziele führen konnten. Mit welchem Aufwande von Scharfsinn, Fleiß, Beharrlichkeit und Kraft, mit welcher Umsicht und mit welchem Erfolge an diesem großen Werke seit Jahrhunderten die Doctrin und Praxis gearbeitet haben, zeigt die heutige Gestalt des gemeinen Rechts, die es nur ihnen verdankt, und zeigen die vielen Particulargesetze in allen Zweigen des Rechts, welche hauptsächlich aus dem jedesmaligen Zustande der Doctrin und Praxis des gemeinen Rechts hervorgegangen sind. Die Arbeiten der Doctrin sind zu einer solchen Masse angewachsen, daß es, um das viele Treffliche, was selbst in den schon fast vergessenen Werken früherer Zeiten sich vorfindet, von dem gänzlichen Untergange zu retten, fast nothwendig zu werden scheint, eine ähnliche Sammlung, wie die Pandecten sind, aus den Bearbeitungen der verschiedenen Jahrhunderte zu veranstalten. Wenn auch die Doctrin und Praxis niemals frey waren von den Gebrechen ihrer jedesmaligen Zeit, jene nur zu oft in nutzlosen Spitzfindigkeiten sich gefiel, oder in leere, das Leben verschmähende Speculationen ausartete, und diese nur zu oft in

38) Eichhorn, a. a. O. §. 277. u. folg.

Mißbrauch und vernunftwidrigen Schlendrian auswuchs, so konnten doch solche Ausgeburten der Zeit diese nie lange überleben, und, bey dem natürlichen Rechtssinne der Deutschen und dem redlichen Streben der helleren Köpfe, nie das Bürgerrecht lange behaupten. Mit der Zeit, die sie geboren hatte, gingen sie unter, und nur das Bessere, welches von der Majorität der stimmfähigen Bürger in der deutschen Juristen-Republik als solches gutgeheißen, und so communis doctorum oder judiciorum opinio wurde, überlebte stets die Zeit seiner Entstehung. Auf diese Weise bekam das gemeine Recht durch die beständige Wechselwirkung zwischen Doctrin und Praxis, indem jene auf diese dadurch wirkte, daß nicht nur die künftigen Richter und Rechtsbeystände auf den Universitäten ihre Rechtsbildung erhielten, und die Ansichten, welche sie dort sich eigen gemacht haben, in das practische Leben mitnahmen, sondern auch die verschiedenen Schriften der Rechtsgelehrten, so wie die in den Gutachten und Urtheilen der Juristenfacultäten niedergelegten Meinungen und Ansichten, bey der Ausübung der Rechtspflege benutzten, und hinwieder die Praxis dadurch einflußreich auf die Doctrin wurde, daß diese aus jener die Berichtigung, Erweiterung, Ergänzung oder doch Bestätigung mancher Lehren, Ansichten und Meinungen schöpfte, in allen seinen Theilen eine Gediegenheit, Vollständigkeit, Allseitigkeit und Gründlichkeit, wie wohl kein anderes positives Recht, da keinem anderen eine solche Pflege und Bearbeitung zu Theil ward, wie unserem gemeinen Rechte.

§. 4.

Allgemeine Folgerungen aus dem Gange der Rechtsbildung für die Praxis.

Aus den gemachten Bemerkungen über den Gang, welchen die Rechtsbildung in der Regel zu nehmen pflegt und nehmen muß, wenn das Recht passende und so wirksame Form für das Staatsleben werden soll, ergeben sich manche interessante

Folgerungen für die Praxis, von denen wir hier nur einige ausheben wollen.

1) Der Wirkungskreis der Praxis läßt sich nicht absolut, sondern nur relativ, d. h. beziehungsweise, auf eine bestimmte Gesetzgebung bemessen. Denn

2) je unvollkommener eine Gesetzgebung ist, je weniger diese mit der Zeit vorwärts schreitet u. s. w., desto größer wird die Wirksamkeit der Praxis seyn müssen, um die Lücken, welche sich in einem solchen Falle in den Gesetzen vorfinden, auszufüllen, überhaupt, um die Gesetze mit dem wirklichen Leben in Einklang zu bringen und zu erhalten. Dagegen wird sich

3) der Wirkungskreis der Praxis in dem Maaße verengen, als die Gesetzgebung an Vollständigkeit und Klarheit zunimmt, und sich nach den rechtlichen und historischen Verhältnissen des Volkes von Zeit zu Zeit reformirt, weil in demselben Grade, als die Zweckmäßigkeit der Gesetze steigt, sich die Kluft zwischen den Gesetzen und dem Leben verkleinert, also die Nothwendigkeit der Vermittelung zwischen beiden abnimmt. Darum wird es

4) in einem Staate mit repräsentativer Verfassung, nach welcher den Volksrepräsentanten ein Antheil an der Gesetzgebung eingeräumt ist, in der Regel eher thunlich seyn, der Praxis bestimmte Schranken hinsichtlich ihrer Wirksamkeit vorzuzeichnen, weil es sich nach einer solchen Staatsverfassung vermuthen läßt, daß die Gesetze mit größerer Umsicht und vollständigerer Berücksichtigung der jedesmaligen Ansichten der besseren Mehrheit des Volkes und der bestehenden historischen Verhältnisse abgefaßt werden, als in einem Staate, wo das Volk an der Gesetzgebung gar keinen Antheil hat. Da es aber

5) geradezu für eine Unmöglichkeit erklärt werden muß, solche Gesetze zu geben, welche für alle möglicher Weise vorkommenden Fälle völlig klare Bestimmungen enthalten, so gehört es zu den Ungereimtheiten, wenn man der Praxis

ganz und gar alle Wirksamkeit untersagen, d. h. vorschreiben will, daß die Gerichte beym Rechtsprechen niemals von dem Buchstaben des Gesetzes abgehen sollen; denn sie würden, wenn man dieses im Ernste vorschreiben wollte, nur zu oft in die Lage kommen, entweder gar nicht entscheiden zu können, oder doch wenigstens gegen alle Billigkeit, welche stets als die Seele menschlicher Gerechtigkeit zu betrachten ist, entscheiden zu müssen, abgesehen davon, daß selbst in den Worten der Gesetze niemals alle Doppelsinnigkeit und Dunkelheit durchaus vermieden werden kann. So vollkommen daher auch eine Gesetzgebung relativ seyn mag, so muß doch immer den Gerichten einiges Vermittelungsrecht zwischen den Gesetzen und dem wirklichen Leben überlassen bleiben. Dabey kann es auch, um die Gerechtigkeit im Staate wahrhaft zu befördern,

6) nicht so fast darauf ankommen, daß man den Umfang der richterlichen Thätigkeit möglichst beschränkt, als vielmehr darauf, daß man die Gerichte mit redlichen und einsichtsvollen, überhaupt tüchtigen Subjecten besetzt; denn einem schlechten Richter wird auch eine noch so große Beschränkung seiner Willkühr kein Hinderniß seyn, Ungerechtigkeiten zu begehen, während daß eine solche für den gewissenhaften und wahrhaft gebildeten Richter unnöthig, ja sogar schädlich ist, weil sie ihn nur zu leicht in die Lage versetzt, gegen seine innere Ueberzeugung entscheiden zu müssen, und so oft nur hindern wird, wahrhaft gerecht zu seyn. Unmöglich kann aber eine Rechtspflege gut und sohin auch in politischer Hinsicht zweckmäßig genannt werden, nach welcher Entscheidungen erfolgen, die mit der allgemeinen Ansicht der besseren Mehrheit des Volkes von Recht und Unrecht im Widerspruche oder auch nur nicht im Einklange stehen. Die Achtung der Gesetze, mithin auch des Gesetzgebers, muß da schwinden, das lebendige Gefühl von Recht und Unrecht durch die häufig oder gar in der Regel erfolgenden Verletzungen desselben allmälig erkalten, an dessen Stelle Gleichgültigkeit und auf diese Weise Verschlechterung des moralischen Charakters des Volkes mit allen Folgen eintreten.

Sieht sich dagegen der Richter durch Zutrauen auf seine Gewissenhaftigkeit und Einsichten vermittelst Gestattung einer freyeren Beurtheilung der Gesetze geehrt, so wird er dadurch aufgemuntert werden, alle Kräfte anzuwenden, um dem ihm geschenkten Zutrauen auf alle mögliche Weise zu entsprechen; er wird bey dem Rechtsprechen um so gewissenhafter und umsichtiger zu Werke gehen, als das auszusprechende Urtheil in gewisser Hinsicht als seine Ansicht erscheint, mit der er vor seinem Gewissen bestehen soll, als er daher die Schuld einer etwa harten Entscheidung nicht auf den Gesetzgeber schieben kann, sondern diese vorzüglich auf ihn selbst fällt, und aus diesem Grunde seine eigene persönliche Achtung von der Beschaffenheit seiner Urtheile abhängt. Die Achtung, welche der Staat seinen Beamten schenkt, erzeugt bey diesen Selbstachtung, die das Gefühl der eigenen moralischen Würde erweckt und belebt, vom Schlechten abhält, zum Guten ermuntert und so zur Selbstveredlung führt, welche eine redliche Pflichterfüllung sicherer und dauerhafter gewährt, als alle Controlle und positiven Schranken.

7) Eine Gesetzgebung, welche, ungeachtet sie die Mängel der bestehenden Gesetze kennt, dennoch keine zeitgemäße Reform vornimmt, räumt den Gerichten stillschweigend die Befugniß ein, die Gesetze, mit Berücksichtigung der Grundprincipien, Rechtsgründe und Zwecke derselben, den herrschenden Ansichten und Verhältnissen des Volkes möglichst anzupassen, und durch die eigene Jurisprudenz zu ergänzen. Denn es ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber das seinen Pflichten Entsprechende wolle; zu seinen Pflichten gehört nun auch die Begründung der äußeren Gerechtigkeit im Staate durch zweckmäßige Gesetze; die Gesetze vermögen aber nur dann jene zu begründen, und sind daher nur dann zweckmäßig, wenn sie dem vorhandenen Stoffe, den sie als Form nach rechtlichen Grundsätzen regeln sollen, entsprechen, d. h. wenn sie den herrschenden Ansichten der besseren Mehrheit des Volkes von Recht und Unrecht eben so, als den vorhandenen historischen

Verhältnissen desselben genügen. Es ist deshalb anzunehmen, es sey der höchste Wille des Gesetzgebers, daß die bestehenden Gesetze mit dem gedachten Stoffe möglichst in Einklang gebracht werden, damit die äußere Gerechtigkeit in der That bestehe, daß folglich jenes von den Gerichten geschehe, da die Mangelhaftigkeit und Zweckwidrigkeit des Gesetzes erst bey dessen wirklicher Anwendung fühlbar wird. Jedem Einwande steht das Dilemm entgegen: Entweder ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber wolle, daß Recht und Gerechtigkeit, und dadurch der Staat bestehe; oder es ist das Gegentheil zu vermuthen. Da man rechtlicher Weise nur jenes vermuthen darf, so ergibt sich das Uebrige von selbst.

3) Die Praxis darf die Doctrin niemals unberücksichtigt lassen, weil sie vorzüglich aus dieser entnehmen kann, welche Rechtsansichten jedesmal herrschend sind; wie nach denselben dieses oder jenes Gesetz ausgelegt; welcher Rechtsgrund und Zweck ihm untergelegt, und wie dieser oder jener Mangel in den Gesetzen durch Analogie u. s. w. gehoben wird, ohne daß sie aber an die Doctrin, wie an ein Gesetz, gebunden wäre. Dagegen hat sie die eigentlichen Rechtsgewohnheiten natürlich eben so wie die Gesetze, vielmehr wie Vertragsrechte, zu behandeln.

§. 5.

Ueber die Befugnisse der Gerichte.

I. Es würde sich zwar schon aus dem Bisherigen ergeben, was der Gerichtsgebrauch oder die Praxis eigentlich sey. Um jedoch den Begriff des Gerichtsgebrauches genauer bestimmen zu können, scheint es nöthig zu seyn, über die Befugnisse der Gerichte überhaupt Einiges vorauszuschicken, da sich jener nur aus diesen erklären läßt.

Die Bestimmung der Gerichte, als rechtsprechender Behörden (von den übrigen Geschäften, welche denselben in den wirklichen Staaten sonst noch aus politischen oder finanziellen

Gründen — unzweckmäßig genug [39]) — oft zugetheilt sind, wird hier billig abgesehen, da sie in Ansehung solcher Geschäfte nicht mehr als eigentliche Gerichte erscheinen), ist das Rechtsprechen (jus reddere, wie Ulpian [40]) und Pomponius [41]) sich ausdrücken), d. i. das Anwenden der gültigen Rechtsnormen auf wirklich vorkommende Rechtsfälle. Hierin liegen, da jeder Rechtsfall eine gedoppelte, eine factische und rechtliche Seite hat, folgende Befugnisse (wobey es sich von selbst versteht, daß diese nicht privatrechtlicher Natur sind, wornach ihre Ausübung nur von der Willkühr des Befugten abhängen würde, sondern nur in so fern Befugnisse oder Rechte heißen, als sie den Gerichten ausschließend zustehen; in so fern aber, als die Ausübung derselben zugleich Rechtspflicht für die Gerichtsbehörden ist, nur uneigentlich und in dem Sinne Befugnisse genannt werden, welcher dem Ausdrucke: Befugniß oder Recht in öffentlichen Verhältnissen meistens unterliegt):

1) die Befugniß, das Thatsächliche des Rechtsfalles, so weit es von rechtlichem Einflusse ist, nach den hierfür bestehenden rechtsgültigen Normen zum Zwecke der Subsumtion desselben unter das Gesetz und in so weit es dieser Zweck erfordert, auszumitteln;

2) die Befugniß, das ausgemittelte Factische des Rechtsfalles unter die gültige, hierfür anwendbare Rechtsnorm zu subsumiren, d. h. zu prüfen, ob und in wie fern die factischen Merkmale des concreten Falles mit den gesetzlich vorausgesetzten Merkmalen identisch seyen oder nicht, und so vermittelst eines Schlusses das Urtheil selbst zu fällen; und

3) die Befugniß, das gefällte Urtheil, nöthigen Falles,

---

39) M. s. Mittermaier der gem. d. bürg. Proc. ꝛc. II. Beytr. §. II. S. 38 u. folg.

40) l. 12. D. de just. et jure (1, 1.).

41) l. 2. §. 10. D. de O. J. (1, 2)

nach Vorschrift der Gesetze zu vollziehen, d. i. den Inhalt desselben in der Wirklichkeit gesetzlich zu realisiren.

Demnach erscheinen die Proceßleitung, die Urtheilsfällung und Vollstreckung als die Hauptbefugnisse der Gerichte. Zwar hat man behauptet, daß die Vollstreckung nicht wesentlich in der Richtergewalt liege, wenigstens von derselben getrennt seyn könne, wie dieses z. B. in Frankreich wirklich der Fall sey. Allein da die Urtheilsfällung nur der Vollziehung wegen geschieht, wenigstens ohne diese keinen Zweck hätte; die Vollziehung aber nicht nur richtige Beurtheilung des Inhalts des Urtheils voraussetzt, sondern auch selbst an die Rechtsgesetze gebunden ist, d. i. rechtlich geschehen muß, weil das Recht lediglich für das äußere Leben bestimmt ist, mithin, wenn der Gerechtigkeit vollständig Genüge geschehen soll, auch das Verwirklichen des gefundenen Rechts derselben entsprechen muß: so kann, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die Vollstreckung der Urtheile nur den Gerichten, als ein wesentlicher, jedoch im Civilprocesse nur als ein relativ wesentlicher (in so fern der Besiegte auch freywillig dem Urtheile nachkommen kann) Theil des Verfahrens zustehen. Wenigstens ist ohne Vollziehung das Geschäft der Ausgleichung der Rechtsstörung oder Verletzung nicht beendigt, da diese in der äußeren Welt als Thatsache erscheint, mithin auch dort factisch wieder gehoben werden muß. Man wende hiergegen nicht ein, daß die Urtheilsvollstreckung zuletzt nur ein Befehlen, also ein Act der regierenden Gewalt sey; denn auch zu dem übrigen processualischen Verfahren ist den Gerichten eine befehlende Gewalt unentbehrlich, ohne daß man deshalb behaupten wird, daß das der Urtheilsfällung vorangehende Verfahren nicht in dem Richteramte enthalten sey. Es kommt allerdings ein Befehlen vor, aber ein Befehlen nach den Rechtsgesetzen und vermittelst dieser. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß die Vollstreckung nicht einem anderen Gerichte, als dem, welches das Urtheil gefällt hat, überlassen werden könne und dürfe, da ja auch die Ausmittelung des

Thatsächlichen von einem anderen, als dem urtheilenden oder erkennenden Gerichte geschehen kann; sondern nur behauptet, daß auch die Vollstreckung der Urtheile, wenn sie nothwendig wird, rechtlich nur durch die Gerichte geschehen dürfe.

Da die Ausmittelung der Thatsachen eines Rechtsfalles sowohl, als die Vollstreckung der Urtheile nach den bestehenden gültigen Rechtsgesetzen geschehen soll, und die Urtheilsfällung selbst in der Subsumtion des Thatsächlichen unter eine gültige anwendbare Rechtsnorm besteht; da mithin die Anwendung des Gesetzes durch dessen Kenntniß bedingt ist: so muß den Gerichten auch noch 4) die Befugniß, die in jedem Falle anwendbaren Rechtsnormen aufzusuchen, und ihren Inhalt auszumitteln, als Hülfsbefugniß zustehen. Hier beginnt eigentlich das Schwierige, das Feld des Streitigen und zugleich das Gebiet des Gerichtsgebrauches. Diese Befugniß umfaßt das Gebiet der Interpretation in dem Sinne, in welchem es einst bey den römischen Juristen, nach der obigen Bemerkung, gebräuchlich war [42]. Zergliedert man nun diese Befugniß, so ist darin enthalten

a) die Befugniß, die in concreto anwendbaren, sowohl

α) auf das Verfahren, die Urtheilsvollstreckung mitbegriffen, d. i. formellen, als

β) auf die Urtheilsfällung selbst bezüglichen, d. i. materiellen, Rechtsnormen aufzusuchen, und ihre Anwendbarkeit insbesondere zu prüfen, d. h. zu untersuchen, ob die aufgefundenen Rechtsnormen überhaupt gültig, und, wenn dieses zu bejahen ist, ob sie auch auf den vorliegenden concreten Fall in der That anwendbar seyen;

b) die Befugniß, den Inhalt der aufgefundenen, und als gültig und anwendbar ausgemittelten, formellen und materiellen Rechtsnormen, sowohl in grammatischer als juristi-

---

42) Oben §. 3. Not. 11.

scher Hinsicht, zu bestimmen, d. h. diese Normen auszulegen; und

c) die Befugniß, das Recht zu ergänzen.

II. Darüber, ob die genannte vierte Befugniß den Gerichten zukomme, kann wohl kein Zweifel entstehen, da die Anwendung des Gesetzes durch dessen vollständige Kenntniß bedingt, und daher diese ein nothwendiges Mittel zum Zwecke, d. i. zu jener Anwendung, sohin in dem Rechte zu dieser enthalten ist; sondern nur darüber, wie weit jene Befugniß gehe, herrschen verschiedene Ansichten. Folgende Grundsätze dürften hier entscheidend seyn:

1) Die Beurtheilung der Gültigkeit eines Gesetzes steht den Gerichten unbedingt zu, und hat die Untersuchung: ob das fragliche Gesetz wirklich von der verfassungsmäßigen Gesetzgebungsgewalt herrühre, ob es in der verfassungsmäßigen Form gegeben, und ob es durch kein neueres gültiges Gesetz aufgehoben oder abgeändert worden sey, zum Gegenstande. Dabey sind natürlich auch die übrigen, von der Gesetzgebungsgewalt gebilligten Rechtsnormen zu berücksichtigen, und deren Gültigkeit nach den diese bedingenden Erfordernissen auszumitteln. Alle Normen, welche die zu ihrer rechtlichen Gültigkeit erforderlichen Eigenschaften nicht vollständig an sich tragen, sind ungültig, und dürfen daher von dem Richter nicht zur Anwendung gebracht werden, weil dieselben nicht als gesetzlich bindend betrachtet werden können; die Richter aber nur zur Anwendung des Gesetzlichen sich verpflichtet haben, und daher verbunden sind, das Nichtgesetzliche unberücksichtigt zu lassen. Wozu würde auch sonst die verfassungsmäßige Feststellung der zur Gültigkeit eines Gesetzes nöthigen Erfordernisse frommen, wenn dessen ungeachtet auch andere Normen, welchen es an jenen Erfordernissen gebricht, gleich den wirklichen Gesetzen verbindlich wären? Ein geregelter, sicherer Rechtszustand ließe sich wenigstens nicht wohl denken. Hieraus folgt von selbst, daß Rescripte, Befehle u. s. w.,

welche entweder nicht von der Gesetzgebungsgewalt herrühren, oder nicht in der verfassungsmäßigen Form erlassen sind, für den Richter, in so fern er dieselben auf das Rechtsprechen anwenden soll, keine Verbindlichkeit haben, sollten sie auch von dem höchsten Herrscher selbst gegeben worden seyn. Der einzige Fall dürfte eine Ausnahme begründen, wenn solche Rescripte rc. lediglich die Form der Geschäftsbehandlung unter den mehreren, nach den bestehenden Gesetzen gleich zulässigen, möglichen Formen vorschreiben, oder nur das ausführen, was das Gesetz dieser oder jener Behörde auszuführen ausdrücklich vorbehalten hat. Sobald sie aber von wesentlichem Einflusse auf den Proceßgang oder die materielle Beurtheilung sind, oder nicht bloß als Disciplinarverfügungen erscheinen, sind sie für den Richter wie nicht vorhanden. Daß solche Rescripte rc. auch in dem Falle, wo sie als verbindend angesehen werden können, zur öffentlichen Kunde gebracht, und nicht bloß an die Gerichte erlassen werden sollen, erfordert schon die Rücksicht, daß die Gerichte nicht in die Nothwendigkeit kommen sollen, sich von dem Verdachte der Willkürlichkeit zu reinigen, in den sie leicht gerathen, wenn sie nach Normen handeln, die das Publikum nicht kennen kann; daß es überhaupt zweckmäßig und für das Benehmen der Partheyen von Interesse ist, und es im Allgemeinen nicht wohl gebilligt werden kann, wenn in einem Staate Normen gelten, deren Daseyn für das Volk Geheimniß ist. Es ist in dieser Hinsicht in manchen deutschen Ländern eine Leichtfertigkeit eingetreten, die sich mit einem wohlgeordneten Rechtszustande schwerlich vertragen möchte.

2) Wenn ein Gesetz als wirklich geltend ausgemittelt ist, so entsteht erst die Frage über dessen Anwendbarkeit. Zwar ist in der Regel jedes gültige Gesetz auch als anwendbar zu betrachten, wenn sich ein unter dasselbe stellbarer Fall ereignet; aber gleichwohl ist Ungültigkeit eines Gesetzes mit der Unanwendbarkeit eines solchen keineswegs gleichbedeutend, indem ein ungültiges Gesetz gar nicht mehr zur

Anwendung kommen kann, was bey einem unanwendbaren Gesetze nicht der Fall ist; denn es kann sich ereignen, daß irgend ein Rechtsinstitut eine Zeit lang gar nicht mehr vorkommt, oder wegen politischer Ereignisse nicht mehr vorkommen kann, nachher aber, wenn die politischen Verhältnisse sich wieder verändern, ganz in seiner alten Form und Gestalt wieder neu auflebt. Das deutsche gemeine Recht liefert mehrere Beyspiele. Es ist sonach zwar jedes ungültige Gesetz auch unanwendbar, aber nicht umgekehrt. Bey einer zeitgemäßen Gesetzgebung wird in Ansehung der Anwendbarkeit eines Gesetzes nicht leicht eine Schwierigkeit eintreten, weil die Gesetze in diesem Falle als eine völlig passende Form des äußeren Lebens erscheinen; anders verhält es sich aber bey Gesetzen aus älterer Zeit, zumal dann, wenn dieselben ursprünglich für einen andern Staat gegeben und von diesem nur recipirt worden sind, ohne daß die Gesetzgebungsgewalt selbst das Anwendbare von dem Unanwendbaren genau abgesondert, kurz, aus dem einheimischen und fremden Rechte ein abgerundetes Ganzes gebildet, sondern dieses Geschäft lediglich der Doctrin und Praxis überlassen hat, wie dieses bey unserem gemeinen Rechte der Fall ist. Hier kann die nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen völlig richtige Regel: daß der Richter von dem klaren Gesetze nicht abweichen dürfe, nicht in ihrer völligen Strenge angewendet werden, da erst ausgemittelt werden muß, was unter der großen Masse der formell gültigen Gesetze auch materiell — in Bezug auf den vorliegenden Rechtsstoff — wirklich und in wie weit anwendbar sey. Hier tritt der schon oben (§. 4. No. 7.) berührte Gesichtspunkt ein, daß rechtlich zu vermuthen sey, der Gesetzgeber habe der Doctrin und Praxis die nähere Gestaltung der Gesetze zu einer, den Ansichten und Verhältnissen der Zeit entsprechenden, Form völlig überlassen, und es liege eine solche Bearbeitung des Rechts, nach dem Willen des Gesetzgebers, der Doctrin und Praxis als Pflicht ob, da jener Wille nur auf ein geregeltes und zweckmäßiges Rechtsgebäude gerichtet seyn kann;

dieses aber eben so wenig in einer bloßen Masse von Gesetzen, als ein anderes Gebäude in bloßen Baumaterialien besteht, sondern erst aus jener Masse mit kundiger Hand zusammengetragen und gefügt werden muß. Dabey darf jedoch nicht nach Willkühr und Laune verfahren werden, sondern muß die Jurisprudenz, welche dem Juristen das seyn soll, was dem Baumeister die Architectonik ist, vermittelst welcher also jener nicht nur einsieht, was zu einem wohlgeordneten Rechtssysteme gehört, sondern auch im Stande ist, jedes wirklich bestehende Rechtssystem richtig aufzufassen, in dessen Geist, den der Buchstabe umhüllt, einzudringen, es in seine einzelnen Bestandtheile nach den Grundprincipien und dem Zwecke, nach der Anlage und Ausführung, nach dem Wesen und der Form desselben zu zergliedern und wieder zusammen zu setzen, und so dessen absoluten Werth und relative Zweckmäßigkeit gehörig zu würdigen, allein die geeignete Anleitung geben. Vor Allem müssen die Grundprincipien aufgesucht werden, auf welchen sodann, wie auf den Grundpfeilern, das ganze Rechtsgebäude zu einem, den herrschenden Rechtsansichten und Verhältnissen des Volkes angemessenen, consequenten und geschlossenen Ganzen aufzuführen ist. Auf diese Weise wird man, geleitet durch eine richtige Jurisprudenz, die keine bloße, das Leben verschmähende Speculation seyn darf, leicht vermögen, das wirklich Anwendbare nach dem präsumtiven Willen des Gesetzgebers auszumitteln. Hiernach können z. B. nur solche Gesetze des gemeinen deutschen Rechts, deren Rechtsgrund und Zweck auch nach den heutigen Rechtsansichten völlig gebilligt werden [43]), zur Anwendung kommen, wenn es ihnen überdies nach den jetzigen rechtlichen und politischen Verhältnissen nicht an Stoff gebricht; hingegen sind jene Rechtsbestimmungen, deren Rechtsgrund und Zweck jetzt wegfallen, deren Grundprincipien in Deutschland nie angenommen oder

43) G. Hufeland, üb. d. eigenth. Geist des Röm. R. Gieß. 1815. I. Th. II. Abh. No. III. u. IV.

in der Folge verworfen wurden, für welche kein Stoff mehr vorliegt, welche mit nicht mehr existirenden Staatseinrichtungen zusammenhängen ꝛc., für ganz unanwendbar zu halten. Kurz, nur jene Rechtsnormen, die nach der übereinstimmenden Meinung der Rechtsgelehrten als gültig anerkannt sind, diese mag sich durch die Doctrin oder Praxis ausgesprochen haben, sind nach dem vermuthlichen Willen des Gesetzgebers, da nach diesem die Bildung des gemeinen Rechts größtentheils den Rechtsgelehrten überlassen wurde, als anwendbar zu betrachten. Einem größeren Wechsel wird indessen immer die Anwendbarkeit der Criminalrechtsbestimmungen, als die der Civilrechtsgesetze ausgesetzt bleiben, weil das Criminalrecht mit der Culturstufe eines Volkes zu innig verwebt ist, zu tief in das innere Staats- und Volksleben eingreift, das allgemeine Interesse zu mächtig anregt und beschäftigt, kurz, zu sehr Sache Aller ist, als daß es einen zu großen Abstand von den herrschenden Rechtsansichten, von der ganzen Gesittung des Volkes, vertragen könnte, ohne von dem nachtheiligsten Einflusse auf innere Ruhe und Sicherheit, Zufriedenheit, Vaterlandsliebe u. s. w. zu seyn, während das Civilrecht wegen der Beschaffenheit seines Objectes und seines Zweckes keine so vollständige Zeitgemäßheit, wenigstens nicht so gebieterisch, erfordert. Ein Criminalrecht, welches nicht völlig der ganzen Nationalität eines Volkes angemessen, und aus dieser hervorgegangen ist, wirkt dem Zwecke seines Daseyns geradezu entgegen, anstatt denselben zu realisiren. Um so mehr muß es also bey diesem dem Willen des Gesetzgebers gemäß seyn, wenn die Anwendbarkeit der bestehenden älteren Criminalgesetze nach den Modificationen bestimmt wird, welche ihnen die ausgezeichneten Bemühungen der Rechtsgelehrten in der Doctrin und Praxis gegeben haben.

3) Die Ausmittelung des Wortverstandes und juristischen Sinnes des anwendbaren Gesetzes geschieht nach den Regeln der juristischen Auslegungskunst. Die in der juristischen Auslegungskunst bekanntlich sehr bestrittene Frage über die

Zulässigkeit der Ausdehnung und Einschränkung der Gesetze, welche jedoch jetzt wohl von den meisten Rechtslehrern auch nach gemeinem Rechte mit Fug bejaht wird [44], ist von einer gedoppelten Seite, von der Seite des Rechts und der Politik, zu betrachten. Es ist in politischer Hinsicht keineswegs zu läugnen, daß die Zulassung der doctrinellen — ausdehnenden und einschränkenden — Auslegung den Gesetzen selbst durch Mißbrauch gefährlich werden, dieselben verwirren, so Rechtsungewißheit herbeyführen, und an die Stelle des Gesetzes die Willkühr und mit dieser die Leidenschaftlichkeit setzen kann, da die Möglichkeit, Gesetze, unter dem Vorwande der Auslegung, zu verdrehen, ihren Sinn zu entstellen, und sie völlig zu umgehen, nicht wohl in Zweifel gezogen werden kann. Der Verstand dient zum Guten wie zum Bösen. Die Rechtsgesetze sind die Basis der äußeren rechtlichen Ordnung, welche nicht wohl bestehen kann, wenn Jeder an dem Buchstaben des Gesetzes meistern, und in diesen nach seiner Ansicht dies und jenes hineinlegen, und aus demselben dies und jenes herausnehmen darf. Nur zu leicht geht das Gesetz selbst unter, wenn an dem Buchstaben, durch den es besteht, zu viel gearbeitet wird, wie ein Schnitzwerk seine eigentliche Gestalt bald ganz verlieren wird, wenn jeder Stümper, unter dem Vorwande, demselben die wahre Form zu geben, die es nach der Idee des Schöpfers haben soll, daran schnitzen darf. Daher hat man schon früher und in den neuesten Zeiten auch in Frankreich die Gesetzesauslegung als eine gefährliche Feindin des Rechts verschrieen, und hält man z. B. in England den Buchstaben des Gesetzes eben so heilig, wie die Staatsverfassung selbst. Auch in rechtlicher Hinsicht läßt sich gegen die Zulässigkeit der logischen Auslegung mancherley und unter Anderem auch das einwenden, daß, da nur jene Gesetze verbindlich seyn können,

---

44) M. s. z. B. Thibaut, Syst. des Pand.R. §. 49. folg. Salchow, Lehrb. des peinl. R. §. 6. Tittmann, Handbuch der Strafrechtswiss. (2te Ausg.) §. 14. u folg. u. a m.

welche nach gehöriger Bekanntmachung auch für Alle, die sie angehen, verständlich sind; als gemeinverständlich aber nur dann angesehen werden können, wenn man ihnen keinen anderen Sinn unterlegen darf, als welcher in ihren Worten nach dem gemeinen Sprachgebrauche enthalten ist, — ein anderer, engerer oder weiterer Sinn, als welchen die Worte gewähren, Niemanden verbinden, also rechtlich auch nicht angewendet werden könne, da Jeder, gegen den dieses geschehen wollte, die rechtliche Einwendung habe, daß der Gesetzgeber das, was man geltend machen wolle, nicht gesagt, also auch nicht gewollt habe, da er, wenn er es wirklich gewollt hätte, ja auch hätte sagen können und in der That gesagt haben würde, weil zu vermuthen sey, daß der Gesetzgeber sich deutlich und so ausdrücken könne, daß man, um seinen Willen zu erfahren, nicht nöthig habe, von den Worten, die er zur Erklärung seines Willens gebraucht, abzugehen, und daß er das, was man hintenher durch Ausdehnung in das Gesetz noch hineinlegt, oder durch Einschränkung von demselben wegnimmt, gleichfalls mit Worten auszusprechen im Stande gewesen wäre, wenn er wirklich diese Willensmeinung gehabt hätte, da ja auch der neue, durch die Auslegung aufgefundene Sinn mit Worten ausgedrückt werden müsse. Zudem vertrage es sich nicht mit der rechtlichen Ordnung, der Grundbedingung der Möglichkeit des rechtlichen Zusammenlebens, wenn außer der aus den Gesetzesworten entnehmbaren Willensmeinung noch die Meinungen von hundert Anderen, die man nicht vorauszusehen vermöge, über das rechtliche Thun und Lassen der Staatsgenossen bestimmen, da zur Begründung einer rechtlichen Ordnung bestimmte und deutliche Gesetze und die Gewißheit nöthig seyen, daß außer dem klar ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers keine andere, in den Worten nicht enthaltene Willensmeinung verbinde, weil man sonst nie mit Zuverlässigkeit wissen könnte, wie man sein Thun und Lassen einzurichten habe, um gegen kein Gesetz zu verstoßen.

Man wird allerdings gern zugeben, daß es besser wäre, wenn man der logischen Auslegung entbehren könnte, d. h. solche Gesetze zu geben vermöchte, welche in Ansehung der Vollständigkeit, Deutlichkeit, Bestimmtheit und Zweckmäßigkeit keinen Wunsch mehr übrig lassen würden. Da aber dieses, wie schon oben bemerkt wurde, anerkannter Maßen durchaus unmöglich ist, so hat man nur zwischen zwei Uebeln die Wahl. Man kann nämlich entweder die logische Auslegung verbieten und sich mit der unvollständigen Gesetzgebung begnügen, oder jene zulassen, um dieser nachzuhelfen. In jenem Falle vermeidet man zwar die möglichen Mißbräuche, welche die logische Gesetzesauslegung erzeugen kann, man setzt sich aber allen jenen politischen und rechtlichen Nachtheilen aus, welche unvollständige Gesetze erzeugen, und welche man in diesem Falle größtentheils vermeidet. Es kommt also, da man unter zweien Uebeln, wovon eines unvermeidlich ist, das geringere wählen muß, nur darauf an, welches von beiden das geringere sey. Bedenkt man, daß die Nachtheile, welche man in der Gestattung der logischen Auslegung finden will, in der That größtentheils nur eingebildete Uebel sind, die in der Regel nicht eintreten, und nur aus einer irrigen Ansicht von der Ausdehnung und Einschränkung abgeleitet werden, da die Ausdehnung oder Einschränkung nicht willkürlich geschehen darf, sondern an bestimmte Grundsätze und Regeln gebunden ist, und stets mit hinreichenden Gründen unterstützt seyn muß; erwägt man ferner, daß auch der Buchstabe des Gesetzes der Verdrehung, ja noch mehr als die ratio legis, fähig ist, daß man nur zu leicht den Buchstaben des Gesetzes umgehen, und so indirect seine rechtswidrige Absicht erreichen kann, ohne sich den gesetzlichen Nachtheilen auszusetzen, daß auf diese Weise das Gesetz eine todte, lächerliche Figur wird, die den rechtlich Gesinnten nicht zu schützen, und den schlauen Bösewicht nicht zu erreichen vermag, welche daher weder jener achten, noch dieser fürchten wird, da es einer Wache mit gebundenen Händen nicht unähnlich ist; be-

rücksichtigt man endlich, daß, wenn die logische Auslegung verboten ist, sehr viele Rechtsfälle entweder gar nicht oder doch nur höchst ungerecht entschieden werden können, weil bey der geringsten Modification des Falles dieser nicht mehr unter das Gesetz gestellt werden kann, oder nur ohne Berücksichtigung einer solchen oft einflußreichen Modification unter dasselbe subsumirt werden muß, was nothwendig zur Härte und so zur Ungerechtigkeit führt, und weil für manchen Fall, bey welchem doch dieselbe ratio legis eintritt, wie bey dem im Gesetze ausgedrückten, gar keine Entscheidungsnorm in den Worten des Gesetzes aufzufinden ist, während auf andere, auf welche zwar die ratio legis, die den Gesetzesworten unterliegt, gar nicht paßt, dennoch das Gesetz in seiner ganzen Strenge angewendet werden muß, da sie in den Worten desselben begriffen sind: so wird man keinen Anstand nehmen, das Uebel, welches möglicher Weise aus der logischen Auslegung entstehen kann, für das geringere zu erklären, oder vielmehr, genau erwogen, für gar kein Uebel, sondern für ein nothwendiges Mittel zu halten, der unvermeidlichen Unvollständigkeit menschlicher Gesetze nachzuhelfen, dem todten Buchstaben des Gesetzes Leben einzuhauchen, jenes mit diesem in möglichst vollkommenen Einklang zu bringen, und so den eigentlichen Willen des Gesetzgebers, den er durch das beschränkte Mittel der Sprache, da er diese in die todte Fessel des Buchstabens schlagen muß, nicht in jedem Momente, wo es Noth thut, eben so schnell, als es nöthig wäre, in rechtlich bindender Form ausdrücken, und so allseitig realisiren kann, in der That und eben so geistig und lebendig, als das Leben selbst ist, fortwährend zu verwirklichen. Darum haben sich auch die meisten Gesetzgebungen für die Zulässigkeit der logischen Auslegung erklärt, welche auch ohne alle Gefahr gestattet werden kann, sobald nur auf die Aufstellung gewissenhafter und einsichtsvoller Richter die gehörige Aufmerksamkeit gerichtet wird. Je vollkommener indessen eine Gesetzgebung ist, desto entbehrlicher wird auch die logische Auslegung seyn,

wie sich aus der Natur der Sache und dem Bisherigen von selbst ergiebt. Je unvollkommener dagegen die Gesetze sind, desto häufiger wird man zur logischen Auslegung Zuflucht nehmen müssen.

Der Umfang der Ausdehnung und Einschränkung ist rechtlich durch den gewissen Rechtsgrund und Zweck des auszulegenden Gesetzes, und politisch durch die zu hebende Mangelhaftigkeit der Gesetze begränzt [45]. Dabey kann auch der Veranlassungsgrund eines Gesetzes zur Bestärkung der Ausdehnung oder Einschränkung zugleich benutzt werden.

4) Kann für einen Rechtsfall durch die eigentliche Auslegung keine Rechtsnorm aufgefunden werden, so muß man den Weg der Analogie versuchen. In Ansehung der Analogie sind die Rechtslehrer bekanntlich verschiedener Meinung, insbesondere darüber: ob sie eine Rechtsquelle, oder nur das Resultat der Auslegung, ob sie zu billigen sey u. s. w., indem z. B. in neuester Zeit Rudhart [46] sie aus dem Gebiete der Quellen verbannt wissen will, und sie für eine Ausschweifung der Interpretation erklärt, sich aber gleichwohl selbst auf Analogie beruft [47]; während Andere [48] sie von der Auslegung als eine besondere Quelle des ungeschriebenen Rechts unterscheiden. Sieht man Alles, woraus Rechtssätze und so Entscheidungs- respective Rechtsnormen überhaupt abgeleitet werden können, als eine Rechtsquelle an, was man allerdings thun kann, so gehört die Analogie, in so fern sie nach einer bestehenden Gesetzgebung gestattet wird, wohl unbezweifelt zu den Rechtsquellen, da sie in der That Rechts-

45) M. s. meine Schrift, üb. d. Ausl. der Strafgesetze rc. Landsh. 1818. §. 15. S. 92. folg.

46) In seinem Buche: das Recht des deutschen Bundes. Stuttg. u. Tüb. 1822. S. 9.

47) a. a. O. S. 124. Not. **).

48) M. s. z. B. Gönner, teutsch. Staatsr. §. 29. Klüber, öff. R. des d. Bundes rc. 2te Aufl. §. 61. u. d. dort Angef.

normen gewährt. Faßt man aber den Begriff von Rechtsquelle in einem beschränkteren Sinne auf, wornach man darunter bloß das bereits Gegebene, das positiv durch die Gesetzgebung ausdrücklich Festgesetzte, oder das durch die gesetzlich gestattete Volksautonomie (durch Gewohnheit ꝛc.) Bestimmte versteht, so kann sie auch mit Grund für eine Rechtsquelle nicht angesehen werden, da durch die Analogie erst ein noch nicht Gegebenes, also etwas Neues, darum aufgesucht werden soll, weil in den wirklich vorhandenen positiven Rechtsquellen für irgend einen Fall keine Entscheidungsnorm, keine Verhaltungsweise u. s. w. festgesetzt ist; da also ein Mangel in den bestehenden Rechtsquellen gehoben werden soll; da die Bildung der Analogie nicht durch die Gesetzgebung, sondern durch die Doctrin und Praxis geschieht; deshalb die Analogie selten völlig übereinstimmend ausfallen wird, und niemals in der Art, wie das positive Gesetz, verbindlich seyn kann, weil das Product der Reflexionsthätigkeit dieses oder jenes Rechtslehrers keinen gesetzlichen Charakter hat, und deshalb ein anderer sich dadurch nicht binden zu lassen braucht. Wollte man daher das Wort Rechtsquelle in einem doppelten Sinne, im weiteren und engeren, auffassen, so daß es nach jenem das geschriebene Recht, das ungeschriebene Recht im engeren Sinne und die Resultate der Doctrin und Praxis, nach diesem hingegen bloß das geschriebene Recht und das ungeschriebene Recht im engeren Sinne in sich begreifen würde: so wäre die Analogie nur eine Rechtsquelle im weiteren Sinne, in so fern sie wohl entschieden nur zu den Erzeugnissen der Jurisprudenz, nicht aber der Legislation, oder des Gewohnheitsrechts im eigentlichen Sinne gehört. Die Frage: ob die Analogie nur ein Resultat der Interpretation, oder von dieser völlig verschieden sey, kann gleichfalls nur dann befriedigend beantwortet werden, wenn man sich vorerst über den Begriff der Interpretation gehörig verständigt. Versteht man unter Interpretation bloß das, was wir Gesetzesauslegung nennen, also bloß die vollständige Entwickelung des grammatikalischen und

juristischen Sinnes eines Gesetzes nach seinem Rechtsgrunde und Zwecke, so ist die Analogie kein Product der Interpretation, da dieselbe es nicht mit dem (grammatikalischen oder juristischen) Sinne eines Gesetzes zu thun hat, sondern von einer bestimmten, also bereits ausgelegten, Rechtsnorm eine ganz neue Norm für einen dem gesetzlichen Falle ähnlichen oder ganz entgegengesetzten Fall vermittelst eines Schlusses ableitet, also etwas Neues schafft, während die Auslegung bloß das Vorhandene juristisch entwickelt. Nimmt man hingegen das Wort Interpretation in der schon oben berührten Bedeutung, in welcher es bey den Römern genommen wurde, wornach es nicht bloß die Auslegung einer Stelle, sondern eine Erklärung auch da, wo nichts Mündliches oder Geschriebenes auszulegen war, überhaupt Lehre bedeutete [49]), und so auch die Ausmittelung des wahrscheinlichen Willens der Gesetzgebung in den Fällen, wo sie sich gar nicht ausgesprochen hat, vermittelst eines Schlusses von dem, was sie gesagt hat, auf das, was sie wegen der Aehnlichkeit oder des Gegensatzes consequent noch sagen müßte, wenn sie sich ausdrücklich ausspräche, in sich faßte: so ist die Analogie unbezweifelt ein Act der Interpretation. Die Analogie sucht aus den gegebenen Rechtsnormen einen neuen, dem Willen des Gesetzgebers vermöge der Consequenz entsprechenden Rechtssatz auf vermittelst eines Schlusses vom Aehnlichen auf Aehnliches oder vom Satze auf dessen Gegensatz, und hat daher mit der eigentlichen Gesetzesauslegung das gemein, daß beide den Willen des Gesetzgebers auszumitteln streben, daher beide Acte der Jurisprudenz, und nach den von dieser gebilligten Regeln auszuüben sind; sie unterscheiden sich aber dadurch von einander, daß die eigentliche Auslegung sich bloß mit einer bestimmten Gesetzstelle beschäftigt, aus dieser den wirklich ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers entwickelt, also nur

---

49) Hugo, a. a. O. S. 286. Heinecc. l. c. L. I. tit. II. §. 32. et sq.

das ausmittelt, was derselbe wirklich will, daher keine neuen Rechtssätze aufstellt, und auch nicht ihre Resultate von einer Rechtsdisciplin auf eine andere, z. B. vom Criminalrecht auf das Civilrecht oder umgekehrt, überträgt; während deß dagegen die Analogie sich nicht mit dem Sinne einer bestimmten Gesetzstelle beschäftigt, welchen sie vielmehr als bereits hergestellt voraussetzt, auch nicht den wirklichen Willen des Gesetzgebers aufsucht, da sie gerade voraussetzt, daß der Gesetzgeber sich darüber, was sie aufsucht, gar nicht ausgesprochen habe, sondern nur das ausmittelt, was der Gesetzgeber wegen der Aehnlichkeit oder des Gegensatzes consequent wollen muß, daher neue Rechtssätze aufstellt, und auch von einer Rechtsdisciplin auf eine andere schließt. Von der ausdehnenden Auslegung unterscheidet sich die Analogie insbesondere dadurch, daß jene Gleichheit des Rechtsgrundes und Zweckes, diese aber nur Aehnlichkeit voraussetzt da, wo sie nicht auf dem Schlusse des Gegensatzes beruht. Die Analogie ist eine sehr reichhaltige Quelle von Rechtssätzen, und eines der vorzüglichsten Hülfsmittel, unvollständige Gesetze zu ergänzen [50]. Wie weit sie gehen dürfe, läßt sich durch allgemeine Regeln kaum bestimmen; Scharfsinn und richtiges Urtheil werden Analogie finden, wo der oberflächliche Kopf sie vergebens sucht, und umgekehrt. Uebrigens dient die Analogie auch häufig als Auslegungsregel [51]. Der rechtliche Grund ihrer Zulässigkeit liegt, wie bey der eigentlichen Auslegung, in der Mangelhaftigkeit der Gesetze, und in der Nothwendigkeit, diese zum Zwecke der Entscheidung vorkommender Rechtsfälle zu beseitigen.

5) Kann endlich auch auf dem Wege der Analogie ein bestehender Mangel der Gesetzgebung nicht gehoben werden, so hat der Richter einen solchen entweder, wenn er das Ver-

---

50) Wie viel beruht z. B. im Civil- und Criminalproceß nicht auf Analogie?

51) M. s. Eckhard, hermeneut. jur. lib. II. §. 117. sq.

fahren betrifft, aus der gesetzlichen Grundmaxime des Processes (z. B. bey dem gemeinen deutschen Processe aus der Verhandlungsmaxime [52]), oder, wenn er in das materielle Recht einschlägt, aus den allgemeinen Grundsätzen über Recht und Unrecht, wie solche nicht etwa bloß von Einem Rechtsphilosophen, sondern von der besseren Mehrheit des Volkes jedesmal gebilligt werden, zu ergänzen, wobey es sich jedoch von selbst versteht, daß der Mangel in der That vorliege und nicht bloß ein eingebildeter sey, und daß der zur Entscheidung vorgelegte Fall auch wirklich unter die Grundsätze der natürlichen Billigkeit und Gerechtigkeit gestellt werden könne. Der rechtliche Grund der Zulässigkeit dieses Verfahrens liegt in dem präsumtiven Willen des Gesetzgebers, wornach anzunehmen ist, daß die Gerichte alle vorkommenden Rechtsstreitigkeiten entscheiden sollen, und daher keinen Rechtsstreit unter dem Vorwande, daß die Gesetze schweigen, dunkel oder unzulänglich seyen, unentschieden lassen dürfen [53]), weil eine solche Verweigerung eines Rechtsspruches den Rechtszustand unsicher machen, die Selbsthülfe anregen, und so mit dem Staatszwecke unverträglich seyn würde. Eine richtige Jurisprudenz wird dabey die beste Leiterin seyn, die Gränzen, wie weit hierin Gerichte gehen dürfen (was zum Theil schon durch

---

52) Gerade diesen Punkt hat man gewöhnlich zu wenig berücksichtigt, was in manchen Lehren des Processes, z. B. in der Lehre von den Sachverständigen, zur Vermehrung der Controversen sehr viel beygetragen hat.

53) Das französische Civilgesetzbuch (Art. 4.) hat diese Ansicht positiv ausgesprochen, und sogar eine Klage gegen den Richter gestattet, welcher aus diesem Vorwande einen Rechtsspruch verweigert. In den Motiven hierzu sind die Gründe (besonders von Portalis, Grénier und Faure) sehr lichtvoll auseinander gesetzt. M. vergl. auch Grolman, ausf. Handb. üb. d. Code Napoleon I. Th. S. 40—60. und die Discussionen in der Sitzung des 19. Ventôse XII. zwischen Maleville und Cambacères.

die Mangelhaftigkeit der Gesetze bestimmt wird), am sorgfältigsten angeben, und den Richter erinnern, daß er stets im Geiste des positiven Rechts handeln, und auch bey einer solchen Ergänzung von demselben nicht abgehen soll. Die Einwendung, daß die Gerichte in solchen Zweifelsfällen sich an die Gesetzgebung um authentische Interpretation wenden sollen, ist hier wohl nicht zu befürchten, wenn man erwägt, daß einmal da, wo es an einer Bestimmung gänzlich gebricht, auch von einer authentischen Auslegung keine Rede seyn könne, und daß dann die authentische Interpretation, in so fern sie für einen bereits vorliegenden Rechtsfall eine Entscheidungsnorm geben soll, so wie überhaupt die Einwirkung der Gesetzgebung auf die Entscheidung wirklicher Rechtsfälle, mit dem Verbote der Cabinetsjustiz sich nicht wohl vertrage. Darum müssen diejenigen, welche einst als Priester der Themis der Rechtspflege obliegen wollen, sich vorerst durch ein langes Studium die zu diesem hochwichtigen Amte nöthige Jurisprudenz aneignen, wovon die bloße Gesetzkenntniß nur der unwichtigste Theil darum ist, weil man diese zu jeder Zeit aus den Quellen schöpfen kann. Ueberhaupt wird ein Mißdeuten dieser Ansicht von demjenigen nicht zu erwarten seyn, der das richterliche Ermessen (arbitrium) von der eigentlichen Willführ (lubitus) zu trennen weiß, und das im §. 2. und 4. Gesagte auch hier beherzigen will. Denn der richterlichen Willführ, oder besser, Laune — die sich mit der Gerechtigkeit nicht verträgt, das Recht, wie eine wächserne Nase, nach Belieben dreht und wendet, eine rechtliche Ordnung unmöglich macht, die Achtung der Gesetze untergräbt, und alle Zügelloſigkeiten, welche aus einer schlechten Rechtspflege entspringen, ihre muthwilligen Spiele treiben läßt — kann wohl kein Vernünftiger das Wort führen. Die aequitas, welche schon die Römer als die Vermittlerin des strengen Rechts so hoch verehrten, die bey dem Ergänzen der Unvollständigkeit der Gesetze stets eintreten muß, und die, wie Portalis in den Motiven zum Art. 4. des Code Napoléon sagt, nur

derjenige verbannt wünschen kann, welcher die Gesetzgeber als Götter, und die Richter nicht einmal als Menschen betrachten wollte, wird, gestützt auf das Gefühl von Recht und Unrecht, das den redlichen und unterrichteten Richter nie verläßt, und geleitet durch eine gesunde Jurisprudenz, in welcher und durch welche, wie Grolman [54]) richtig bemerkt, die Gesetze leben sollen, überall das rechte Maaß und Ziel innerhalb der von dem Geiste der Gesetzgebung bezeichneten Gränzen zu finden wissen, während da, wo dieser göttliche Funke den Richter nicht belebt, auch keine Schranke vermögen wird, das Recht vor Entheiligung zu bewahren.

Betrifft der Mangel bloß die Form der Geschäftsbehandlung, so hängt die Bestimmung und Wahl derselben, wenn mehrere gleich zweckmäßige Arten, das fragliche Geschäft zu behandeln, möglich sind, lediglich von der Willkühr des Gerichts ab, da es im Grunde einerley ist, wie eine Handlung vorgenommen wird, sobald sie nur überhaupt auf eine ihrem Zwecke angemessene Weise geschieht, und daher jede solche Art dem Willen des Gesetzgebers entsprechend ist, wenn dadurch nur der Zweck der Handlung oder des Geschäfts erreicht wird.

III. Gefragt kann hier werden: ob der so eben bezeichnete Wirkungskreis der Gerichte diese nicht zu Gesetzgebungsbehörden erhebe, daher mit ihrer Bestimmung, die nur auf die Anwendung des gegebenen Gesetzes beschränkt ist, unverträglich sey? Es ist schon im Eingange dieser Bemerkungen erinnert worden, daß Gerstäker [55]) den Gerichten in Ansehung des gemeinen Criminalrechts (was wegen der Gleichheit des Grundes auch in Ansehung des gemeinen Civilrechts gelten muß) eine untergeordnete — wenigstens negative — Gesetzgebung einräume. So sehr wir auch in Absicht auf das

---

54) a. a. O.

55) Im N. Arch. d. Crim.R. VI. Bd. No. XIX. S. 463—91.

Resultat: daß das gemeine Criminalrecht (mithin auch das gemeine Civilrecht) nach der durch den Gerichtsgebrauch, und (fügen wir hinzu) die Doctrin, erhaltenen Umgestaltung dargestellt werden müsse, mit diesem vorzüglichen Rechtslehrer übereinstimmen, so können wir ihm doch in Ansehung des Grundes, als stehe den Gerichten eine untergeordnete negative Gesetzgebung zu, nicht beypflichten. Denn die Thätigkeit der Gerichte, selbst dann, wenn sie die positiven Gesetze zeitgemäß umgestalten, ist von der Wirksamkeit der Gesetzgebung wesentlich verschieden, und keine Art von dieser. Die Gesetzgebung hat nie den Einzelnen, sondern immer Alle im Auge, ist unabhängig von einem fremden Willen thätig, und giebt Normen, welche für Alle, die nicht besonders davon ausgenommen werden, verbindlich und über jeden Einwand erhaben sind; die Gerichte dagegen sehen bey ihren Functionen, da sie nur als rechtsprechende Behörden thätig sind, nie auf Alle, sondern nur auf die Einzelnen, deren Rechtsverhältnisse streitig, überhaupt deren Rechte Gegenstand der Beurtheilung sind, wirken nicht unabhängig, sondern nur nach und in dem Geiste der Gesetzgebung, und setzen zunächst nur für die Partheyen verbindliche Normen fest, welche zudem nicht über jeden Einwand erhaben sind. Der Richter darf niemals seine Meinung, seinen Willen, wie der Gesetzgeber thut, zur Entscheidungsnorm erheben, sondern sein ganzes Wirken sich nur innerhalb des ausdrücklich ausgesprochenen oder nach den Regeln der Jurisprudenz anzunehmenden Willens des Gesetzgebers bewegen, vor welchem sich daher dasselbe stets rechtfertigen lassen muß. Sein Streben ist stets auf Ausmittelung und Anwendung jenes Willens in Bezug auf jeden einzelnen Fall gerichtet, wohin er durch ein richtiges juristisches Schließen von den Grundprincipien, Rechtsgründen und Zwecken der Gesetzgebung, welche ihn die Jurisprudenz kennen lehrt, auf das, was denselben in jedem einzelnen Falle consequent entsprechen muß, gelangt. Seine Thätigkeit ist da, wo der Buchstabe des Gesetzes mit dem vielseitigen äußern

Leben in Widerstreit geräth, oder für dieses unzureichend erscheint, nur eine Vermittelung zwischen dem Buchstaben des Gesetzes und dem Leben, indem sie den Geist des Gesetzes in dessen Buchstaben aufsucht, und nach dem äußeren Bedürfnisse in der Art entfaltet und in Wirksamkeit setzt, wie es der Gesetzgeber selbst thun würde und consequent thun müßte, wenn er sich für jeden einzelnen eingetretenen Fall aussprechen dürfte. Die richterliche Thätigkeit, ähnlich der Thätigkeit der Theologen, welche das Christenthum nach dem Geiste seines Stifters für die Lebensverhältnisse näher entwickeln und in jenem Geiste fortwirken, ist immer nur ein Anwenden zwar nicht des Buchstabens, wohl aber des Geistes der Gesetze auf wirkliche Fälle, ein Fortwirken in jenem Geiste da, wo der Buchstabe nicht ausreicht und dem Bedürfnisse nicht genügt, aber niemals ein Gesetzgeben, welches dem Berufe der Gerichte geradezu widerspräche. Ein solches Wirken nach dem Geiste der Gesetze kann der Staat von seinen Richtern mit Recht fordern, darf er ihnen zutrauen, da sie sich ja zu dem Ende die Jurisprudenz, nicht bloß eine materielle Gesetzkenntniß, eigen gemacht haben müssen, bevor sie es wagen dürfen, das heilige Amt eines Richters zu übernehmen. Hiernach kann der Gesetzrigorismus, von welchem die Staatsrechtslehrer sprechen, wohl nicht getadelt werden, sobald man unter Gesetz nur nicht bloß dessen Buchstaben, sondern den in demselben liegenden Geist versteht, da die Gerichte allerdings an die so aufgefaßten Gesetze gebunden sind, und das Abweichen vom Buchstaben des Gesetzes noch nicht ein Abweichen von diesem selbst ist. Zu welchen Verwirrungen, fragen wir, müßte nicht der Grundsatz führen, daß den Gerichten auch eine gesetzgebende Gewalt, eine untergeordnete und negative wenigstens, zustehe? Auf welchen sicheren Principien könnte eine solche Befugniß beruhen; wo sollte dieselbe beginnen, wie weit sich erstrecken, welche Wirkung erzeugen u. s. w.? Das gemeine deutsche Recht, bey welchem die Wirksamkeit der Gerichte aus oben angeführten Gründen vermöge seiner

Beschaffenheit im größeren Umfange sich äußern muß, kann ohnehin nicht zum Maaßstabe allgemeiner Principien genommen werden, da sich kaum eine Gesetzgebung denken läßt, die bey einem solchen Umfange des Materials an einer solchen Dürftigkeit für das wirkliche Leben leidet, wie das gemeine Recht, wenn man von dessen Bearbeitung durch Doctrin und Praxis absieht.

Es ist demnach der ganze oben bezeichnete Wirkungskreis, der sich in der Wirklichkeit nach der Beschaffenheit der Dürftigkeit der Gesetze mehr oder weniger ausdehnt, vollkommen in der Pflicht, alle vorkommenden Rechtsfälle nach den Gesetzen zu entscheiden, enthalten, und nur ein Ausmitteln des gesetzgeberischen Willens, nicht aber eine untergeordnete Gesetzgebung, welche wir uns rechtlich gar nicht erklären könnten; kein Ueberschreiten der natürlichen und rechtlichen Schranken der Gerichte, sondern nur ein Wirken innerhalb derselben.

§. 6.

Ueber den Begriff und die Arten des Gerichtsgebrauches.

I. Aus den bisherigen Bemerkungen über die Befugnisse der Gerichte läßt sich nun auch der Begriff von Praxis oder Gerichtsgebrauch (praxis s. usus fori, nicht aber res judicatae, die nur Eine Art des usus fori bezeichnen, wie sich ergeben wird) leicht bestimmen. Der Gerichtsgebrauch ist das Ergebniß derjenigen richterlichen Thätigkeit, welche den Gerichten vermöge der im vorigen §. näher entwickelten vierten Befugniß zusteht, die zugleich dessen Gebiet begränzt, und erstreckt sich daher auf die Beurtheilung der Gültigkeit und Anwendbarkeit der Gesetze, auf ihre Auslegung und Ergänzung. Nennen wir den Umfang der in der genannten Befugniß enthaltenen richterlichen Thätigkeit den Wirkungskreis der Jurisprudenz, was uns völlig passend scheint, so ist der Gerichtsgebrauch als das Ergebniß der richterlichen Jurisprudenz zu betrachten, und sohin die bey einem Gerichte

gebräuchliche Jurisprudenz, oder die gebräuchliche Weise, wie ein Gericht bey der Beurtheilung der Gültigkeit und Anwendbarkeit der bestehenden Gesetze, bey deren Auslegung und Ergänzung verfährt. Er enthält demnach die Grundsätze, welche ein Gericht bey den genannten Functionen befolgt. Fragt man, wie oft sich ein Gericht über einen solchen Grundsatz aussprechen müsse, um einen Gerichtsgebrauch zu begründen, so hängt die Beantwortung dieser Frage davon ab, ob man den Gerichtsgebrauch für eine Art des Gewohnheitsrechtes zu halten habe oder nicht, weil in jenem Falle natürlich auch bey dem Gerichtsgebrauche dieselbe Anzahl der Wiederholungen erforderlich wäre, wie bey der Gewohnheit. Allein wenn auch der Gerichtsgebrauch eine Art des ungeschriebenen Rechtes, d. i. des Inbegriffes aller neben dem geschriebenen Rechte geltenden Rechtsnormen ist, so ist er doch keine Art des Gewohnheitsrechtes im engeren Sinne [56]), als des durch die gesetzlich gestattete Volksautonomie stillschweigend gebildeten Rechts. Alle in Ansehung der Anzahl der zur Bildung einer Gewohnheit nothwendigen Handlungen obwaltenden Streitigkeiten und Subtilitäten finden daher bey dem Gerichtsgebrauche keine Anwendung. Geht man bey dem Gerichtsgebrauche von dem richtigen Gesichtspunkte aus, daß ein Gericht nur nach wohl geprüften Rechtsgründen handele und urtheile, und daher die einmal begründet befundenen Normen in allen künftigen Fällen befolgen werde, weil es sonst mit sich selbst in Widerspruch käme, weil auch nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit unter völlig gleichen Umständen von demselben Gerichte völlig gleiches Verfahren beobachtet, und völlig gleiche Urtheile gefällt werden müssen, und daher jede Parthey billig erwarten kann, daß ihr dasselbe zugesprochen werde, was das Gericht unter völlig gleichen

---

56) M. s. Klötzer, Versuch eines Beytrags zur Revision des Gewohnheitsrechts, Jen. 1813. S. 295. Gesterding in diesem Arch. III. Bd. No. 18. S. 285 folg.

Verhältnissen in einer anderen Sache für Recht erkannt hatte; so reicht zur Begründung eines Gerichtsgebrauches auch schon ein einziger Fall hin, so daß das Gericht bey einem zweiten vorkommenden Falle sich auf den ersten berufen, und das Verfahren bey dem ersten und dessen Entscheidung bey dem zweiten berücksichtigen kann, wodurch der Gerichtsgebrauch befestiget wird. Vorausgesetzt wird aber, daß das Gericht hierbey nach richtigen, von der Jurisprudenz gebilligten Principien verfahren sey; daß es namentlich nicht gegen ein gültiges und noch anwendbares Gesetz, überhaupt nicht gegen eine allgemein angenommene Ansicht gehandelt [57], sondern Alles beobachtet habe, was oben über die vierte Befugniß der Gerichte gesagt wurde. Gewöhnlich nennt man Gerichtsgebrauch eine bey einem Gerichte häufig und stets als gesetzlich befolgte Norm [58]. Allein, abgesehen davon, daß hier wieder, wie bey der Gewohnheit, die Frage darüber: wie oft eine solche Norm als gesetzlich befolgt werden müsse, um als Gerichtsgebrauch zu gelten, entstehen, und denselben Schwierigkeiten, wie bey dieser, ausgesetzt seyn würde, so kann es bey dem Gerichtsgebrauche, da er nicht willkührlich, sondern nur nach juristischen Grundsätzen gebildet werden darf, nicht darauf ankommen, wie oft die Wiederholung der befolgten Norm geschehe, sondern dessen Bestand lediglich davon abhängen, ob er seiner inneren Beschaffenheit nach rechtlich zu billigen sey. Die öftere Wiederholung kann allerdings zur Bestätigung der rechtlichen Haltbarkeit des Gerichtsgebrauches dienen, weil eine rechtlich nicht zu billigende Norm sich schwerlich lange erhalten und bey einem Gerichte oft vorkommen wird, aber nicht der Rechtsgrund von dessen Gültigkeit seyn, weil eine öftere Wiederholung nicht vermag, die innere Natur eines Mißbrauches umzuändern. Das rö

57) l. 23. D. de leg. (1, 3.): Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt.

58) A. F. J. Thibaut, Syst. des Pand. R. §. 16.

mische Recht bestimmt über den Begriff des Gerichtsgebrauches, so wie über dessen Erfordernisse gar nichts, wie in der Folge noch näher gezeigt werden wird; denn die Ausdrücke: mos judiciorum [59]), observantia judicialis [60]), quotidianus judiciorum usus [61]), rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas [62]) u. s. w. enthalten über den Begriff und die Erfordernisse eines rechtsgültigen Gerichtsgebrauches keine Vorschrift, am wenigsten eine genügende, so wenig als unsere deutschen Bezeichnungen: Herkommen, Gebrauch, Observanz u. s. w. Ein jeder Grundsatz, den ein Gericht einmal in Anwendung gebracht, d. i. gebraucht hat (mehr sagt auch das römische uti, usus nicht [63]), und, wenn sich Fälle ereignen, öfter anwendet, wird dann freylich allmälig Herkommen, (langer) Gebrauch (mos, longaevus usus), ohne daß man aber sagen kann, daß er bloß der Wiederholung wegen einige, überhaupt mehr Kraft habe, als er an sich, vermöge seiner inneren Beschaffenheit hat [64]).

II. Was nun die Arten des Gerichtsgebrauches anbelangt, so können diese nur nach den Gegenständen, auf welche sich die richterliche Thätigkeit erstreckt, bestimmt werden. Diese Gegenstände sind das gerichtliche Verfahren und das materielle Recht, d. i. die eigentlichen Entscheidungsnormen [65]).

---

59) l. 11. Cod. de injur. (9, 35.)

60) l. 12. Cod. de R. Cr. (4, 1.)

61) §. 6. Inst. de satisdat. (4, 11.)

62) l. 38. D. de legib. (1, 3.)

63) S. B. in l. 37. D. de legib.

64) l. 39. D. de legib.: Quod non *ratione* introductum, sed *errore primum*, *deinde consuetudine* obtentum est: *in aliis similibus non obtinet.*

65) Daß man die Praxis hiernach gewöhnlich in Gerichtsobservanz (Gerichtsgebrauch, usus fori) und Praxis schlechthin abtheilt, wovon sich jene auf den Proceßgang und diese auf das materielle Recht bezieht, braucht nicht erst erwähnt zu werden. Man s.

Bey dem ersteren hat der Gerichtsgebrauch eine doppelte Sphäre der Wirksamkeit: die gerichtlichen Handlungen selbst, und die Form ihrer Vornahme. In Ansehung der Form, in welcher gerichtliche Handlungen vorgenommen werden sollen, sind die Gerichte weniger gebunden, als bey den gerichtlichen Handlungen selbst, weil es in sehr vielen Fällen, wo nämlich das Gesetz eine solche Form nicht ausdrücklich vorgeschrieben hat, völlig gleichgültig ist, wie eine Handlung geschehe, um den Zweck ihres Daseyns zu erreichen, und daher mehrere Formen denkbar sind, welche jenem Zwecke gleichmäßig entsprechen. Das Gericht kann in solchen Fällen ganz willkührlich die eine oder andere Form wählen, weil jede der Absicht des Gesetzgebers, welche er durch die Handlung selbst erreicht wissen will, völlig entspricht [66]). Diese willkührliche Wahl einer bestimmten Form der Vornahme einer Proceßhandlung unter mehreren gleich zweckmäßigen Formen bildet das Gebiet der gerichtlichen Observanz, welche durch stillschweigende, in entscheidenden Handlungen sich aussprechende Uebereinkunft der Glieder des Gerichts entsteht [67]). Denn nur in solchen Fäuen ist eine freye, vertragsmäßige Uebereinkunft zulässig, und hierfür der Ausdruck: Observanz wohl nicht passend [68]). Auch das römische Recht gebraucht für das, was der Gerichtsgebrauch in Ansehung der Form der Gerichtshandlungen bestimmt, oft den Ausdruck: *observan-*

Gensler, Anleit. zur gerichtl. Praxis, I. Th. Heidelb. 1821. §. 1. Not. 4.

66) Z. B. es ist völlig gleichgültig, ob in einem Collegium das jüngste oder älteste Mitglied zuerst votirt; ob bey der Austheilung der Arbeiten dieser oder jener Modus beobachtet wird u. s. w.

67) M. s. Schmid, Lehrbuch des gem. Staatsr. I. Abth. §. 69. Gönner, a. a. O. §. 26. u. folg. Klüber, a. a. O. §. 59. u. folg. Grolman, Theorie des gerichtl. Verf. §. 12.

68) Anderer Meinung ist, jedoch ohne hinreichenden Grund, Gesterding a. a. O. S. 286. u. folg.

tia oder observatio [69]), die aus dem quotidianus judiciorum usus zu entnehmen ist [70]). Jedoch bleibt sich dasselbe in Ansehung der Bezeichnung nicht gleichförmig [71]), wie in so vielen anderen Fällen, da es auf technische Namen ohnehin nicht viel hält. Daß übrigens auch der Einzelnrichter, wo nämlich keine collegialische Form der Gerichte besteht, in solchen Fällen eine bestimmte Form willkührlich annehmen, und so eine Observanz bilden könne, ist wohl nicht zu bezweifeln, da dem Einzelnrichter in Ansehung des Rechtsprechens dieselben Befugnisse, wie einem Richtercollegium, zustehen, obwohl der Ausdruck: Observanz, nach der einmal angenommenen Bedeutung, in diesem Falle nicht üblich ist. In Ansehung des gerichtlichen Verfahrens lassen sich daher zwey Arten des Gerichtsgebrauches unterscheiden, wovon sich die eine auf die Proceßhandlungen, und die andere auf die Formen der Vornahme derselben bezieht; jene kann man **Proceßgebrauch**, und diese **Gerichtsobservanz** nennen. Die Ansichten und Grundsätze über das materielle Recht können die Gerichte nur in ihren Entscheidungen niederlegen, weßhalb der hierüber übliche Gerichtsgebrauch nur aus den Urtheilen entnommen, und mit *res judicatae*, oder, weil die res

---

69) l. 12. §. 5. Cod. de R. Cr. (4, 1.): In omnibus autem casibus, in quibus sacramenta praestantur, *observationem judicialem* permanere censemus etc. Hier ist bloß von der **Form** der Eidesleistung die Rede. §. ult. Inst. de satisdat. (4, 11.): Quam *formam* etc. — — cum necesse sit, omnes provincias — — hanc urbem, ejusque *observantiam* sequi. Es handelt sich nämlich von der **Form** der satisdatio.

70) §. 6. Inst. de satisdat. Daß sich der hier vorkommende quotidianus judic. usus nur auf die observanzmäßige Form der satisdatio (judicatum solvi) beziehe, erhellt aus dem ganzen Zusammenhange, besonders mit dem folgenden §. 7. (s. Not. 69.).

71) Z. B. in l. 11. Cod. de injur. (9, 35.) steht dafür: mos judiciorum, der nur eine Proceßform bezeichnet. M. s. **Hufeland**, Lehrb. des Civilr. II. Th. §. 1361. Not. a.

judicatae in Bezug auf die künftig darnach zu entscheidenden Proceßsachen derselben Art zugleich als res *prae*judicatae erscheinen, mit dem Ausdrucke: Präjudicien am füglichsten bezeichnet werden kann, obgleich auch die Benennung: Rechts- oder Urtheilsgebrauch nicht unpassend seyn würde. Nach dieser Ansicht zerfiele demnach der Gerichtsgebrauch als Gattung oder im weiteren Sinne in den Proceßgebrauch (Gerichtsgebrauch im engeren Sinne), in die Gerichtsobservanzen und in die Präjudicien (Rechts- oder Urtheilsgebrauch). Für keine dieser Arten des Gerichtsgebrauches sind besondere Erfordernisse vorgeschrieben; nur macht es die Natur der Observanz nöthig, daß die Handlungen, aus welchen der dieselbe begründen sollende Consens der Gerichtsmitglieder gefolgert wird, völlig concludent seyen.

§. 7.

Ueber die verbindende Kraft des Gerichtsgebrauches.

Es ist bekanntlich eine sehr bestrittene Frage: ob dem Gerichtsgebrauche eine verbindende Kraft zukomme. Einige [72]) legen nämlich dem Gerichtsgebrauche gesetzliche Kraft bey, wenn er den Gesetzen nicht widerstreitet, und solche Punkte betrifft, in welchen die bisherigen Urtheile gleichförmig waren; jedoch könnten nur die Obergerichte die Untergerichte, nicht aber coordinirte Gerichte einander gegenseitig, binden, und selbst jenes wäre nur dann der Fall, wenn bey den Untergerichten nicht schon früher ein Gerichtsgebrauch ausgebildet worden sey. Andere [73]) sprechen dagegen dem Gerichtsge-

---

72) M. s. Thibaut a. a. O. und die dort Angef.

73) F. W. G Hufeland, a. a. O. Haus, über den rechtlichen Werth des Gerichtsgebrauches, Erl. 1798. Dazu Allg. Lit. Z. 1798. Th. III. S. 420. Gensler, Handbuch zu Martin's Lehrb. des bürg. Proc. I. erste Ausg. S. 352. und in der Anl.

brauche alle Kraft ab, wenn er nicht vom Gesetzgeber bestätigt ist, oder die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts an sich hat. Gesterding [74]) legt der auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum, die er für ein Analogon der consuetudo interpretativa hält, gleich dieser nur die Kraft bey, Gesetze auf eben die Art, wie es vom Gesetzgeber geschieht, (also authentisch) auszulegen. Alle diese und andere Meinungen werden durch Stellen des römischen Rechts zu begründen gesucht. Diese Abweichung hat hauptsächlich darin ihren Grund, daß die Vertheidiger der ersten Meinung die l. 38. D. de leg. (1, 3.) als Regel über den Gerichtsgebrauch überhaupt, und die l. 13. Cod. de sentent. et interloc. (7, 45.) nur als Begränzung des Gerichtsgebrauches betrachten, während die Verfechter der zweiten Hauptmeinung dieses Gesetz als Regel, und jenes nur als eine Ausnahme für den Fall auffassen, wenn der Gerichtsgebrauch die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts an sich trägt.

Geleitet durch die über die Befugnisse der Gerichte bereits aufgestellten Grundsätze, wollen wir nun versuchen, die rechtliche Wirkung des Gerichtsgebrauches im Allgemeinen sowohl, als nach dem gemeinen deutschen Rechte näher zu bestimmen.

I. Nach allgemeinen Principien, die sich aus der Natur und Sphäre des Gerichtsgebrauches von selbst ergeben, kann man durchaus nicht behaupten, daß derselbe Gesetzeskraft habe, welche nur dem geschriebenen Rechte und dem Gewohnheitsrechte im eigentlichen Sinne zukommt. Denn der Gerichtsgebrauch gewährt kein selbstständiges Recht, sondern enthält nur eine nähere Erklärung und Ergänzung des selbstständigen, eigentlich anzuwendenden Rechts; er ist nur das

---

zur gerichtl. Praxis a. a. O. Martin, Lehrb. des Teutsch. gem. bürg. Proc. (8te Ausg.) §. 61. Lit. B.

74) a. a. O. §. 14. S. 284 u. folg.

Resultat, welches nach den Regeln der Jurisprudenz aus dem anzuwendenden Rechte zum Zwecke der Anwendung abgeleitet wurde, und hat daher nur so viel allgemeinen Werth, als ihm im Verhältnisse zur Legislation nach einer richtigen Jurisprudenz gebührt, als ihm sonach vermöge seiner inneren Vortrefflichkeit zukommt. Sein Werth ist demnach ein bloß materieller. Denn in formeller Hinsicht kann dem Gerichtsgebrauche eine gesetzliche, d. i. allgemein verbindliche Kraft überall nicht zukommen, weil den Gerichten vermöge ihrer Bestimmung, der zufolge sie nur Gesetze auf einzelne Fälle anzuwenden, nicht aber Gesetze zu geben haben, kein Recht zusteht, durch ihre Handlungen und Aussprüche auch andern Personen, als diejenigen, deren Rechte sie in der That zu entscheiden haben, zu binden. Der Rechtsspruch begründet nur für die Partheyen Rechte und Verbindlichkeiten, und kann für Dritte weder Befugnisse noch Rechtsobliegenheiten erzeugen, also auch keine verbindende Norm für ihr rechtliches Thun oder Lassen seyn. Wie das geschriebene Recht Alle, die nicht besonders ausgenommen sind, und die Gewohnheit diejenigen, deren Autonomie sie factisch geschaffen hat, verbindet, so bindet das (rechtskräftige) Urtheil nur die streitenden Theile, und zwar bloß in Folge des Gesetzes oder der Gewohnheit. Die Gerichte haben die Pflicht und Berechtigung, für jeden vorkommenden Rechtsfall eine Entscheidungsnorm aufzusuchen. Der Staat traut ihnen, was stillschweigend schon in ihrer Ansetzung liegt, die hierzu nöthige Fähigkeit, d. i. die erforderliche Rechtskenntniß und Jurisprudenz eben so zu, als die Parthey, welche ihnen einen Rechtsfall zur Entscheidung vorlegt, wodurch sie sich dem einst erfolgenden Rechtsspruche, wenn er rechtskräftig werden sollte, schon zum Voraus unterwirft. Daher kommt es, daß der Staat, da er die Richter zu einem gesetzlichen und gewissenhaften Verfahren bey dem Amte des Rechtsprechens eidlich ein für allemal verpflichtet hat, in die wirkliche Entscheidung einzelner Rechtsfälle sich nicht mehr einmischt, und dieses, der

Rechtssicherheit wegen, sogar voraus verspricht (durch das Verbot der Kabinetsjustiz); und daß das rechtskräftige Urtheil die Partheyen, und nur diese, binden kann. Da nun jedes Gericht verbunden ist, bey Beurtheilung der seiner Entscheidung vorgelegten Rechtsfälle nach eigener bester Einsicht und Gewissenhaftigkeit zu verfahren, also die eigene Jurisprudenz anzuwenden, was schon in dem Begriffe des Urtheilens liegt: so leuchtet es von selbst ein, daß es bey dem Geschäfte des Rechtsprechens weder an die eigenen früheren Entscheidungen derselben Fälle, noch an solche Entscheidungen anderer Gerichte unbedingt gebunden seyn könne, sondern jene oder diese nur dann zur Norm nehmen dürfe, wenn es nach allseitiger Prüfung der geltenden Rechtsnormen, ihrer Gründe und Zwecke, so wie der factischen Verhältnisse des vorliegenden Falles keine bessere, d. i. gerechtere Entscheidungsnorm aufzufinden vermag, in diesem Falle aber eine solche vorliegende Norm, eben weil sie nach eigenem Urtheile die beste und gerechteste ist, befolgen müsse. Der Grund dieser Befolgung liegt hiernach nicht darin, daß die fragliche Norm von demselben Gerichte, oder von einem anderen, coordinirten oder oberen Gerichte, schon öfter angewendet worden, sondern lediglich in ihrer inneren Beschaffenheit, vermöge welcher sie für den fraglichen Fall als die richtigste erscheint, und darum angewendet werden muß, wäre sie auch bisher gar nicht, oder nur von einem subordinirten Gerichte zur Anwendung gebracht worden. Ist eine solche, von einem Gerichte befolgte Entscheidungsnorm wirklich dergestalt zweckmäßig und vortrefflich, daß man eine bessere schwerlich auffinden möchte, so wird es dann natürlich geschehen, daß sie bald allgemeine Norm bey allen Gerichten werden wird, ohne daß man darnach fragt, ob sie schon oft vorgekommen, oder sie bloß darum adoptirt, weil sie schon oft gebraucht worden. Hieraus ergiebt sich von selbst, daß der Gerichtsgebrauch eines oberen oder obersten Gerichtes an sich die unteren Gerichte gleichfalls nicht binde, weil auch die

oberen Gerichte nur zur Anwendung des geltenden Rechtes verbunden sind, also keine andere Bestimmung, als die Untergerichte, haben, und weil es in Ansehung des Rechtsprechens weder eine Subordination geben, noch im Allgemeinen angenommen werden kann, daß die Urtheile der höheren Gerichte schon darum, weil sie von höheren Gerichten herrühren, den Gesetzen gemäßer seyen, als die Entscheidungen der Untergerichte. Indessen treten doch manche Gründe ein, welche veranlassen, daß der Gerichtsgebrauch der höheren Gerichte Norm für die Untergerichte wird, und selbst nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit werden soll. Zu diesen Gründen rechnen wir

1) die Stellung der Untergerichte zu den Obergerichten, wornach diese in der Regel zugleich die Disciplinar-Oberbehörden von jenen sind. Wenn auch dieses Verhältniß der Subordination sich auf das Rechtsprechen nicht erstreckt, so wird der subordinirte Richter gleichwohl nur zu leicht verleitet, die Meinung seines Oberen zu der seinigen zu machen, theils weil er diesem in der That größere Kenntniß zutraut; theils um sich das Wohlgefallen seines Vorgesetzten zu erwerben, der in so mancher Hinsicht seine (des Unterrichters) Lage zu verschlimmern oder zu verbessern Gelegenheit hat, dessen Gunst er also auf keine Weise verscherzen darf; theils aus Bequemlichkeit, da man, wenn man der Ansicht des über sich Stehenden huldigt, der Mühe des Selbstdenkens überhoben, und dennoch von Vorwürfen frey bleibt, indem diese nicht den Unterrichter, sondern nur den Oberrichter treffen können, von welchem man ja schon wegen seiner Stellung im Staate mehr zu erwarten berechtigt sey; theils aus stolzem Dünkel, indem man sich durch die Annahme der Meinung eines Vornehmeren oder Berühmteren den Anstrich gleicher geistiger Verständigkeit geben will. Wir wissen, wie sehr dieser letzte Umstand in der Doctrin nicht nur des Rechts, sondern aller Zweige des menschlichen Wissens, besonders der Philosophie, die verstandeslose Nachbeterey begünstigt. Die hier ange-

führten Gründe der Annahme der Ansichten höherer Gerichte gehören freylich nicht zu den rühmlichen, sie sind aber darum nicht weniger wirksam, wie Jeder, der den Menschen kennt und in der Praxis nur ein wenig sich umgesehen hat, eingestehen muß;

2) die innere Beschaffenheit der höheren Gerichte. Nicht nur werden in der Regel die tüchtigsten Männer zu diesen genommen, welche daher in der Regel schon in Ansehung der Rechtsbildung wirklich über den Unterrichtern stehen, sondern sie werden auch besser bezahlt, wodurch sie mehr, als diese, in den Stand gesetzt werden, sich die nöthigen Hülfsmittel zu ihrer weiteren Ausbildung anzuschaffen. Die Obergerichte bestehen zudem aus mehreren Personen, als die Untergerichte; Allseitigkeit, Umsicht und Gründlichkeit läßt sich also von ihnen mehr erwarten, als von den Untergerichten, welche überdies meistens noch mit vielen anderen fremdartigen Geschäften überladen sind, die ihnen zur gründlicheren Prüfung der Rechtssachen kaum die erforderliche Zeit übrig lassen, während die Obergerichte sich ausschließlich mit den Rechtssachen zu beschäftigen haben. Hierzu kommt noch der Umstand, daß die Obergerichte mehr Gelegenheit haben, ihre practische Erfahrung zu bereichern, da sie in höherer Instanz sprechen, also die wichtigeren Fälle einer ganzen Provinz oder des ganzen Landes ihnen zur Entscheidung vorgelegt werden, worin zugleich auch eine Nöthigung zu einem gründlicheren und umfassenderen Rechtsstudium liegt. Endlich darf nicht übersehen werden, daß die Obergerichte in größeren Städten ihren Sitz haben, wo überhaupt ein größerer geistiger Verkehr, als auf dem Lande, darum größere Gewandtheit und Schärfe des Verstandes, und größere Veranlassung und Gelegenheit zur Ausbildung, als hier, gefunden wird. Aus diesen Gründen kann daher den Obergerichten schon an sich eine gründlichere Jurisprudenz zugetraut, und in der Regel angenommen werden, daß ihre Urtheile gründlicher seyen, als

die der Untergerichte, was von den obersten Gerichten natürlich noch mehr gelten muß.

Endlich zählen wir 3) vorzüglich noch den Grund hierher, daß der Gesetzgeber aus Gründen des Rechts und der Politik wolle, daß die Untergerichte den unbezweifelten Gerichtsgebrauch der Obergerichte berücksichtigen, um Gleichförmigkeit des Rechts, welche die Gerechtigkeit fordert, im Staate zu begründen, und um unnöthige Berufungen zu hindern, was die Politik erheischt, da Processe doch immer ein — wenn gleich unvermeidliches — Uebel für den Staat sind, deren möglichste Verkürzung also räthlich ist, weil sonst die Rechte lange ungewiß, und darum auch die Partheyen lange unter sich gespannt oder gar feindlich gesinnt und in der Unmöglichkeit bleiben, über das Ihrige zu verfügen, weil daher langwierige Processe auf die Lebendigkeit des rechtlichen Verkehrs nachtheilig einwirken, und, da sie kostspieliger sind, auch zur Verminderung des Wohlstandes beytragen, abgesehen davon, daß sie auch auf die Liebe zur Arbeitsamkeit schädlichen Einfluß äußern, indem die Partheyen zu vielen Geschäftsgängen in den Ort des Gerichts genöthigt werden, dadurch leicht den Trunk, dem man sich im gereizten Gemüthszustande ohnehin eher ergiebt, und den Müßiggang liebgewinnen, und überhaupt zur Arbeit, die nur bey ruhigem Gemüthe mit Emsigkeit und Eifer betrieben wird, während des anhängigen, vielleicht sehr wichtigen Processes nicht aufgelegt sind. Daß aber die Gleichförmigkeit des Rechts und damit Verminderung der Berufungen erzielt werde, wenn der Gerichtsgebrauch der Obergerichte die Untergerichte bindet, kann wohl nicht geläugnet werden. Denn wenn eine Parthey weiß, daß bey dem höchsten Gerichte die ihr günstige Ansicht angenommen ist, so wird sie sich natürlich durch die entgegengesetzten Meinungen der unteren Instanzen nicht abschrecken lassen, an die höchste zu appelliren, während diese Berufungen unterblieben seyn würden, wenn sie gewußt hätte, daß auch bey dem obersten Tribunale dieselbe Ansicht gelte, welche das Gericht der

ersten Instanz in ihrem Urtheile niedergelegt hat. Nicht minder würde eine Parthey, wenn die Präjudicien des obersten Gerichtes von den unteren Gerichten unbeachtet blieben, häufig bloß darum im Rechtsstreite unterliegen, weil sie denselben wegen Mangels der Appellationssumme nicht an die letzte Instanz bringen konnte, wo die ihr vortheilhafte Rechtsmeinung gilt, während ihr Nachbar, dessen Proceßobject um einige Gulden mehr betrug, und deshalb appellabel war, den sonst völlig gleichen Rechtsstreit bloß darum gewann, weil er appelliren konnte. Erstere würde also den ganzen Proceßgegenstand bloß darum verlieren, weil er um einige Gulden weniger betrug, als der des Letzteren, was höchst ungerecht und politisch nachtheilig wäre, da eine solche Justiz unmöglich der Achtung genießen würde, welcher sie bedarf, um den letzten Zweck ihres Daseyns sicher zu erreichen. Die Untergerichte handeln demnach gewiß dem Geiste des Gesetzgebers gemäß, wenn sie den völlig unbezweifelten Gerichtsgebrauch des obersten Gerichtes als Entscheidungsnorm berücksichtigen, wozu sie eben darum auch verbunden sind, da der Wille des Gesetzgebers befolgt werden muß. Hierbey versteht es sich aber von selbst, daß der Rechtsfall demjenigen, der dem Gerichtsgebrauche zum Grunde liegt, völlig analog seyn müsse, und daher das Anwenden eines Gerichtsgebrauches das sorgfältige Prüfen dieses und des Rechtsfalles nicht überflüssig mache.

Es ergiebt sich demnach in Ansehung der Wirksamkeit des Gerichtsgebrauches nach allgemeinen Grundsätzen das Resultat, daß

a) der Gerichtsgebrauch, als solcher, d. h. darum, weil er Gerichtsgebrauch ist, in formeller Hinsicht keine verbindende Kraft, und in materieller Hinsicht nur so viel Werth habe, als ihm nach den Grundsätzen einer richtigen Jurisprudenz wegen seiner inneren Beschaffenheit zukommt; daß daher

b) ein Gericht nicht verbunden seyn könne, den eigenen oder eines anderen Gerichtes Gebrauch als Entscheidungsnorm

zu befolgen, sondern vielmehr die Pflicht habe, jeden Rechtsfall mit der eigenen Jurisprudenz zu prüfen, und den Gerichtsgebrauch nur dann anwenden dürfe, wenn es keine andere bessere Entscheidungsnorm aufzufinden vermag, in diesem Falle aber denselben befolgen müsse; daß jedoch

c) der Gerichtsgebrauch, wenn ein Gericht ihn auch ohne Prüfung anwendet, und derselbe auch eben nicht ein völlig zu billigender ist, für die Partheyen ein völlig bindendes Recht begründe, sobald das darauf gebaute Urtheil die Rechtskraft erlangt hat, was aus der besonderen Stellung eines Gerichtes zum Staate und zu den Partheyen sich von selbst erklärt; daß daher

d) auf diese Weise freylich mancher Gerichtsgebrauch allmälig zu einem eben so großen Ansehen, wie die Gesetze selbst, gelangen und practisch bleiben könne, ungeachtet er von der Doctrin gemißbilligt wird; daß aber

e) dagegen mancher andere bloß wegen seiner inneren Vortrefflichkeit, in so fern er wegen dieser nicht nur die lange Uebung bewährter Gerichtshöfe, sondern auch die Billigung der Doctrin für sich hat, weil er für einen, im Gesetze nicht ausdrücklich oder von einem aus Rechtsgründen unanwendbaren Gesetze anders bestimmten Fall die dem präsumtiven Willen des Gesetzgebers angemessenste Entscheidungsnorm liefert, zu einem ziemlich allgemein angenommenen Rechtssatze werden könne, den man, ohne gegen die allgemein herrschenden Rechtsansichten, deren Berücksichtigung auch dem Willen des Gesetzgebers entspricht, anzustoßen, nicht außer Acht lassen kann. Die Gründe für den Rechtsbestand einer solchen communis jureconsultorum opinio sind bereits oben angegeben worden, wozu noch kommt, daß schon darin, daß der Gesetzgeber für künftige Fälle keine andere Norm vorschreibt, eine stillschweigende Billigung derselben von Seiten des Gesetzgebers liegt; daß endlich

f) die Untergerichte stets dem Willen des Gesetzgebers gemäß handeln, wenn sie den entschiedenen Gerichtsgebrauch

des obersten Landesgerichtes befolgen, obgleich sie hierzu nicht unbedingt verbunden sind, sondern nur in so fern zu dieser Befolgung gehalten seyn können, als sie nach eigener Prüfung, der sie niemals überhoben sind, dieselbe im Willen des Gesetzgebers begründet finden.

II. Wir wenden uns nun zur Würdigung dessen, was das gemeine deutsche Recht in Ansehung der Wirkung des Gerichtsgebrauches bestimmt. Es kann hier nicht unbemerkt bleiben, daß die besondere Beschaffenheit des Ganges der deutschen Rechtsbildung, wobey, da eine positive Gesetzgebung im heutigen Sinne lange unbekannt, und später, als sich dieselbe ausgebildet hatte, aus in den inneren und äußeren Verhältnissen Deutschlands gelegenen Gründen wenig thätig war, stets am meisten gewirkt hatte, und nachher die Aufnahme des fremden Rechts (die eigentlich selbst nur durch die Doctrin und Praxis erfolgt war) ohne genügende Modificationen durch die Gesetzgebung der gemeinen deutschen Praxis eine Richtung und einen Umfang gab, wie man es schwerlich in einem anderen Lande antreffen dürfte. Das römische Recht war für die Römer ein Product der eigenen Rechtsbildung, aus der Verfassung, den Verhältnissen und Ansichten des römischen Volkes hervorgegangen, und darum dem römischen Rechtsleben angemessen. Manches konnte daher aus der Rechtssammlung weggelassen werden, manches unerörtert bleiben, weil im practischen Leben darüber kein Zweifel obwaltete [75]. Aber übergetragen auf ein fremdes Volk von ganz anderer Denkungs- und Gesinnungsart, von ganz anderer Verfassung u. s. w., mußte das römische Recht mit dem ganz anders gestalteten Rechtsleben überall in Widerspruch gerathen, bald zu viel, bald zu wenig, bald völlig Unpassendes, bald nur halb Anwendbares enthalten, und dasjenige, was in demselben als bekannt vorausgesetzt, oder nur ange-

75) l. 36. D. de legib. (1, 3.)

deutet, nirgends aber genügend erörtert ist, Lücken, Zweifel und so Streit veranlassen, da der Schlüssel hierzu, das römische Rechtsleben, nicht auch zugleich mit der Gesetzsammlung auf uns gebracht wurde. Die Praxis und Doctrin bekam also, da die positive deutsche Gesetzgebung auf die Gestaltung des Rechts unmittelbar wenig einwirkte, einen Wirkungskreis der Thätigkeit, welcher der römischen Praxis und Doctrin unbekannt war, nämlich die Aussortirung des Brauchbaren aus dem fremden und einheimischen Rechte, und die Gestaltung des Ausgelesenen für das deutsche Rechtsleben. Dieses Geschäft war schon nothwendig, bevor noch darüber gefragt wurde, wie weit die Praxis und Doctrin gehen dürfen; welche Frage erst hintenher gestellt wurde, als die Praxis und Doctrin bereits im langen, bis dahin unbestrittenen Besitze eines ungewöhnlichen Ansehens waren. Wie es im wirklichen Leben nur zu oft geschieht: die Noth zwingt zum Handeln, ohne daß man während des Handelns fragt, oder Zeit hat zu fragen, ob der Handelnde wirklich, oder doch in der Art, wie er handelt, handeln dürfe; erst wenn man nach Beseitigung des Nothstandes Ruhe erlangt hat, beginnt man solche Fragen aufzuwerfen. Man wandte sich nun, um die Frage über den Wirkungskreis der Praxis zu lösen, an das römische Recht, da das einheimische hierüber nirgends etwas enthielt, und hatte dabey natürlich nicht die römische, sondern die deutsche, d. i. die mit der deutschen Gerichtsverfassung zusammenhängende, und durch den deutschen Rechtszustand nothwendig gewordene, Praxis vor Augen. Daß die Bestimmungen des römischen Rechts über Praxis, wenn solche vorlägen, auf die deutsche Praxis entweder gar nicht, oder doch nur in so fern, als dieselben Punkte betreffen, worin die römische Gerichtsverfassung mit der deutschen völlig conform oder doch analog war, anwendbar seyn würden, dürfte schon aus den allgemeinen Auslegungsregeln leicht gezeigt werden können. Aber das römische Recht enthält gerade über den Gerichtsgebrauch fast nichts, was sich aus den an-

geführten Gründen wohl erklären läßt. Denn die wenigen hierher gehörigen Stellen sind nicht entscheidend und bestimmt genug, um darauf eine vollständige Theorie von dem Gerichtsgebrauche bauen zu können. Dieses beweiset schon die große Verschiedenheit der Meinungen, von welcher im Eingange dieses §. die Rede war. Es darf nicht übersehen werden, daß das römische Recht da, wo es von mos judiciorum, observatio judicialis, observantia u. s. w. spricht, nirgends die Erforderniße angiebt, welche zu einem rechtsbeständigen Gerichtsgebrauche nothwendig sind, wie schon oben bemerkt wurde, was es doch hätte thun müssen, wenn es den Gerichtsgebrauch zu einer selbstständigen Rechtsquelle erheben wollte, die noch nach der Bekanntmachung der Gesetzsammlungen fließen und Rechtsnormen gewähren sollte, und daß deßhalb kaum zu bezweifeln ist, der Gesetzgeber habe in den Stellen, wo jene Ausdrücke vorkommen, bloß die bereits damals bestandene Praxis vor Augen gehabt, und nur diese sanctionirt, wie z. B. aus l. 11. Cod. de injur. (9, 35.):

> sed in caeteris mos judiciorum, *qui hactenus obtinuit*, *intactus servetur*,

und l. 12. §. 5. Cod. de reb. cred. (4, 1.):

> In omnibus autem casibus, in quibus sacramenta praestantur, observantiam judicialem *permanere* censemus,

ziemlich deutlich erhellet, und durch die für das Rechtsprechen gegebenen Vorschriften bestätigt wird. Schon aus diesem Grunde können die meisten, sonst gewöhnlich für den Gerichtsgebrauch angeführten Stellen auf den deutschen Gerichtsgebrauch nicht angewendet werden, da sie bloß Dinge bestätigen, die nur im römischen Staate zur Zeit der Justinianeischen Gesetzgebung bey den Gerichten üblich, und dem Gesetzgeber bekannt waren.

Sehr verschieden wurde die l. 38. D de legib. (1, 3.) gedeutet. Während Einige [76]) vorzüglich aus ihr die allgemeine Regel, daß der Gerichtsgebrauch als Gesetz zu befolgen sey, ableiten, betrachten sie Andere bald nur als eine, bey der Auslegung dunkeler Gesetze geltende Beschränkung der in der l. 13. Cod. de sentent. et interlocut. (7, 45.) enthaltenen Bestimmung: non exemplis, sed legibus judicandum est, so daß der gleichförmigen Gesetzesauslegung der Gerichte die gleiche Kraft, wie sie das Gewohnheitsrecht hat, beygelegt werde [77]); bald nur als einen erklärenden Zusatz, was unter Gewohnheit in dem Falle, wenn sie dunkele Gesetze auslegt, zu verstehen sey [78]); bald als eine Vorschrift, daß der Gerichtsgebrauch nur dann verbindende Kraft habe, wenn der Begriff und die Bedingungen des Gewohnheitsrechts auf ihn passen [79]) u. s. w.

Die besagte lex ist allerdings einer mehrfachen Deutung fähig, wie es bey solchen, aus dem ganzen Zusammenhange herausgerissenen Fragmenten juristischer Schriften, die mit andern ähnlichen Fragmenten ein Ganzes bilden sollen, kaum anders seyn kann. Es kommt daher Alles nur darauf an, wie dieselbe in juristischer Hinsicht am richtigsten aufgefaßt wird. Nach unserer Ansicht bestimmt dieselbe über den Gerichtsgebrauch, insbesondere über Präjudicien, als eine eigene Rechtsquelle im engeren Sinne (§. 6. II. 4.), gar nichts. Nach der Ueberschrift des Titels, worin dieselbe steht, ist in jenem bloß die Rede von den Gesetzen, den Senatusconsulten und von der Gewohnheit, nicht aber auch von dem Gerichtsgebrauche. Eben so wird in der l. 33. D de legib. nur der Gewohnheit erwähnt, als einer Norm, welche in den Fällen, die das jus scriptum nicht entscheidet, als jus und

76) Z. B. Thibaut, a. a. O. §. 16.
77) Z. B. Gesterding, a. a. O.
78) Z. B. G. Hufeland, a. a. O. (§. 1361. Not. a.)
79) Z. B. Gensler, Anleit. etc. a. a. O. (§. 1. Not. 4.)

lex gilt. Vom Gerichtsgebrauche wird geschwiegen. Dagegen dienen die gerichtlichen Entscheidungen zum Beweise einer in Zweifel gezogenen Gewohnheit; denn:

> cum de consuetudine civitatis, vel provinciae confidere quis videtur: primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto (besser: contradicta) aliquando judicio consuetudo firmata sit. l. 34. D. de leg.

Bringt man nun die lex 38. in ihrem Zusammenhange mit der l. 37, mit der sie ein Ganzes ausmacht, hiermit in Verbindung, so kann sie kaum anders, als bloß von den fortwährenden, in Rechtssprüchen erfolgten Bestätigungen einer Gewohnheit verstanden werden. Denn 1) ist von l. 32. an bis l. 39. einschließlich nur von der Gewohnheit die Rede; es wäre daher 2) durchaus nicht abzusehen, wie Justinian durch einen bloßen Zwischensatz eine eigene Rechtsquelle hätte namhaft machen wollen, von welcher sonst nirgends in der ganzen Rechtssammlung (denn auf Präjudicium können alle sonst noch für den Gerichtsgebrauch angeführten Stellen nicht bezogen werden) auch nur nebenhin mehr Erwähnung geschieht. Dieser Sinn ergiebt sich 3) auch aus ihrem Zusammenhange mit der l. 37. [80]. Callistrat spricht nämlich hier von der interpretatio legis (unter welcher man aber nicht bloß die Erklärung eines dunkelen, wie man gewöhnlich thut, sondern auch die Ergänzung eines mangelhaften Gesetzes zu verstehen hat, wie sich schon aus l. 10. und 11. D. de legg. ergiebt, wornach das mangelhafte Recht entweder durch Interpretation oder durch Constitutionen des höchsten Herrschers ergänzt werden soll), und bemerkt, daß man bey dieser vor Allem auf die Gewohnheit, d. i. darauf zu sehen habe, welche Rechtsmeinung eine Stadt

80) Si de interpretatione legis quaeratur: inprimis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpres consuetudo.

(d. i. überhaupt irgend ein Ort, wo sich eben ein zu interpretirender Fall ereignet) in solchen Fällen (wie der fragliche ist) als Grundlage der Entscheidung (denn von der Gewohnheit dürfen die Richter bey ihren Entscheidungen da, wo sie das geschriebene Gesetz verläßt, nicht abweichen [81]); darum sind die Rechtssprüche die zuverlässigsten Kenntnißquellen der Gewohnheiten [82]) — was sich auch aus: in ejusmodi *casibus usa* fuisset entnehmen läßt) bisher befolgt habe. Denn die Gewohnheit sey die zuverlässigste Erklärerin und Ergänzerin (interpres) der (geschriebenen) Gesetze. Denn (wie nun in der l. 38. Callistrat weiter bemerkt [83]) der Kaiser Severus habe rescribirt, daß in solchen Fällen, wo die Gesetze dunkel oder mangelhaft seyen, d. i. in Zweifelsfällen (daß auch die Mangelhaftigkeit der Gesetze zu den ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, gehöre, ist unläugbar) die Gewohnheit, oder das Ansehen der stets gleichförmigen Rechtssprüche (d. h. die Gewohnheit, d. i. diejenige, die durch stets gleichförmige Rechtssprüche Ansehen (Gültigkeit) erlangt hat) Gesetzeskraft haben solle. Denn nur von jener Gewohnheit, die von den Gerichten als Entscheidungsnorm in allen einschlägigen Fällen beachtet worden, kann man behaupten, daß sie rechtlich gegründet und nicht irrig sey, weil: quod *non ratione* introductum, sed *errore* primum, deinde consuetudine obtentum est: in *aliis similibus non obtinet* [84]), eine solche Gewohnheit mithin niemals auctoritatem rerum perpetuo *similiter* judicata-

81) l. 33. D. de legib. l. 3. Cod. de aedific. privat. (8, 10.) und l. 1. Cod. quae sit longa consuet. (8, 53.)

82) l. 34. D. de legib.

83) Nam Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere.

84) l. 39. D. de legib.

rum für sich erlangt. Gegen diese Erklärung spricht 4) auch nicht der Umstand, daß der Beysatz: aut rerum etc. nach derselben überflüssig sey, da schon in der l. 34. im Grunde dasselbe ausgesprochen werde; denn dieses Fragment ist erstens von einem anderen Rechtsgelehrten (von Ulpian); dann nahm Justinian gewöhnlich die ganzen Stellen aus den Schriften der Rechtslehrer in seine Sammlung auf, wenn dieselben gleich noch etwas Anderes, als was eben zur fraglichen Sache gehörte, enthielten, wenn dieses überhaupt nur als gültig angesehen werden konnte. Ueberhaupt hat Justinian gern denselben Rechtssatz durch die Aussprüche mehrerer Rechtslehrer belegt, wie schon der Pandectentitel de legibus beweiset, wo z. B. z. B. die l. 3. 4. 5. 6. 8. 10. und 12, so wie l. 14. und 39, ziemlich dasselbe sagen. Für unsere Auslegung spricht endlich 5) auch noch die l. 23. D. de leg. [85]). Denn eine Gewohnheit kann so lange, als sie nicht schon in Urtheilssprüchen anerkannt worden ist, keine interpretatio certa (und von der interpretatio sprechen ja die leges 37. und 38.) begründen, weil sie bis dahin immer noch in so fern zweifelhaft bleibt, als ihr widersprochen werden kann, und ein solcher Widerspruch von Erfolg ist, wenn der sich auf die Gewohnheit Stützende sie nicht zu erweisen vermag, zumal da ein solcher Beweis nicht leicht zu führen ist. Erst dann, wenn die Gewohnheit schon in allen vorgekommenen Fällen (perpetuo) gleichförmig (similiter) gerichtlich anerkannt worden, ist ein Widerspruch gegen dieselbe fruchtlos, und die durch sie begründete Auslegung gewiß.

Der §. ult. Inst. de satisdat. (4, 11.) [86]), welchen man häufig zum Belege dafür anführte, daß der Gerichts-

---

85) Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt.

86) „*Quam formam* non solum in hac regia urbe, sed etiam in omnibus nostris provinciis (etsi propter imperitiam forte aliter celebrantur) obtinere censemus; cum necesse

gebrauch der Obergerichte die Untergerichte binde, spricht nicht von Präjudicien, überhaupt nicht vom Gerichtsgebrauche, als einer verbindlichen Rechtsquelle, sondern bestimmt bloß, daß die Form der Satisdation, welche in den vorhergehenden §§. näher festgesetzt worden ist, und die man (nach §. 6.) aus dem quotidiano judiciorum usu genauer kennen lernen könne (wohl bloß ein Wink für die Rechtsbeflissenen [87]), nicht in Rom, sondern auch in den übrigen Provinzen des Reiches gelten, und jede andere, in diesen etwa noch bestehende Form aufgehoben seyn soll, weil es (der Gleichförmigkeit und Ordnung wegen) nothwendig sey, daß alle Provinzen die Gesetze befolgen, welche in der Hauptstadt gelten. Denn das Wort »observantia« bezeichnet hier wohl nicht das, was man jetzt darunter versteht, überhaupt nicht den willkührlich gebildeten usus fori, da das römische Recht überhaupt so selten eine bestimmte Terminologie beobachtet; sondern im Allgemeinen jede gesetzliche Vorschrift (omne id, quod pro jure et lege observatur), da der Vordersatz, den der Satz: cum necesse sit etc. begründen soll, wirklich von einer positiven Vorschrift spricht, und das Wort »observare« oft in dieser Bedeutung genommen wird [88]). Wenigstens spricht es nur von einer gerichtlichen Handlung, nicht aber von Rechtssprüchen. Wie ließe sich auch sonst die Vorschrift in l. 12. D. de offic. praesid. (1, 18.) [89]) damit vereinigen?

---

sit, omnes provincias caput omnium nostrarum civitatum, id est, hanc regiam urbem ejusque observantiam sequi.“ — Der J. R. A. §. 131. beweiset hierfür ebenfalls nichts.

87) Cf. Prooem. Inst.

88) Z. B. in l. 33. D. de legib.

89) Sed licet is, qui provinciae praeest, omnium Romae magistratuum vice et officio fungi debeat: non tamen spectandum est, quid Romae factum est, quam quid fieri debeat.

Das römische Recht legt dem Richter nirgends die Verbindlichkeit auf, rechtskräftige Entscheidungen anderer Gerichte oder seiner Vorgänger wie Gesetze zu betrachten, um Fälle derselben Art darnach zu entscheiden, sondern macht es ihm vielmehr ausdrücklich zur Pflicht, bey dem Rechtsprechen nur das Gesetz vor Augen zu haben, und nicht nach Beyspielen zu urtheilen [90]. Daß rechtskräftige Urtheile an sich keine Gesetzeskraft für andere Fälle bilden können, ergiebt sich auch noch daraus, daß dieselben ihre Wirkung nicht über die streitenden Theile hinaus erstrecken sollen [91].

Die Gerichte dürfen jedoch auch nach römischem Rechte vorhandene rechtskräftige Urtheile als Entscheidungsnormen befolgen, wenn die darin enthaltenen Rechtsgrundsätze mit ihrer Ueberzeugung übereinstimmen [92]; ja sie sollen sie dann befolgen, wenn sie richtigere, den Gesetzen und der Gerechtigkeit entsprechendere Entscheidungsnormen nicht aufzufinden vermögen [93]. Dies ist aber kein judicare exemplis, da das Gericht nicht das exemplum als solches blind befolgt, sondern dieses darum zur Entscheidungsnorm wählt, weil es

---

90) l. 13. Cod. de sentent. et interlocut. (7, 45.): — — cum non exemplis, sed legibus judicandum sit. Die l. 4. Cod. eod. spricht nicht von Präjudicien, da in dieser auctoritas rei judicatae nur Rechtskraft bedeutet.

91) l. 31. in f. D. de judic. (51.), l. 14. §. 1. D. de appellat. et relat. (49, 1.), l. 1 — 3. Cod. inter alios act. (7, 60.), l. 27. §. D. de pact. (2, 14.), l. 1. et sequ. Cod. quib. res judicata non nocet (7, 56.), l. 2. Cod. de except. (8, 36.), l. 10. D. de except. (44, 1.), l. 3. D. de re judic. (42, 1.), l. 12. D. de jurejur. (12, 2.)

92) Arg. l. 13. Cod. de sentent. et interloc. (7, 45.): — — „Neque consultationes, *quas non rite judicatas esse putaverit sequendum*" etc.

93) l 13. in fin. Cod. de sentent. et interl.: sed *omnes* judices nostros *veritatem* et *legum* et *justitiae sequi vestigia* sancimus.

in demselben das Gesetz oder dessen Geist auf eine der eignen Ansicht von diesem vollkommen entsprechende Weise aufgefaßt findet.

Ueberhaupt räumt das römische Recht den Gerichten die oben entwickelte vierte Befugniß der Auslegung und Ergänzung der Gesetze im vollen Umfange ein [94], und schreibt auch den Gerichten vor, von einer allgemein angenommenen Meinung nicht abzugehen [95], mithin diese auch bey dem Rechtsprechen zu berücksichtigen, im Zweifel aber immer die gelindere Meinung zu befolgen [96]; jedoch von einem völlig gewissen Gesetze darum, weil dessen Grund nicht aufgefunden werden kann, nicht abzuweichen [97]; und da, wo durch Interpretation im weiteren Sinne keine Norm mehr aufzufinden ist, den allgemeinen Grundsätzen über Recht zu folgen [98].

---

94) M. s. z. B. l. 3 — 6. und l. 10 — 13. de legib. — Neque leges neque SCta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur, sed sufficit et ea, quae plerumque accidunt, contineri. — Et ideo de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione, aut constitutione optimi principis certius statuendum est. — Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut SCtis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere et ita jus dicere debet. — Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid, unum vel alterum introductum est, bona occasio est, caetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe jurisdictione suppleri. —

95) l. 23. D. de legib.: Minime mutanda sunt, quae interpretationem certam semper habuerunt.

96) l. 12. und 25. D. de legib. l. 155. §. 2. und l. 192. §. 1. D. de R. J. l. 10. §. 1. D. de reb. dub. (35, 5.) l. 11. pr. l. 32. und 42. D. de poen. (48, 19.) Irrig hat man diese Vorschrift bloß auf Strafgesetze beschränkt. M. s. Roßhirt, Lehrb. des Criminalrechts rc. §. 83.

97) l. 20. und 21. D. de legib.

98) l. 13. in fin. Cod. de sentent. et interlocut.: Et legum et *justitiae vestigia* sequi.

In so fern, als die Rechtssprüche der höheren Gerichte die richtigsten Grundsätze der Jurisprudenz enthalten, oder die interpretatio certa für sich haben, ist deren Beachtung von den Untergerichten auch dem römischen Rechte angemessen, wie sich aus dem Bisherigen von selbst ergiebt. In allem Uebrigen kommen natürlich die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung.

§. 8.

Zum Schlusse über die Meinungen der Rechtsgelehrten.

Oft schon hat man das Ansehen, welches in Deutschland den Meinungen der Rechtsgelehrten zu Theil wird, nur der Schwäche und dem Vorurtheile zugeschrieben. Dieser Ansicht können wir nicht unbedingt beytreten, wie schon aus den bisherigen Bemerkungen zu entnehmen ist. Daß den Meinungen der Rechtsgelehrten an sich eben so wenig, als dem Gerichtsgebrauche, eine verbindliche Kraft zukomme, kann zwar nicht geläugnet werden; aber darum erscheint ihre Beachtung noch nicht als Schwäche oder Vorurtheil, am wenigsten im gemeinen Rechte, welches seine heutige Gestalt vorzüglich nur der Doctrin und Praxis verdankt, wie hierüber bereits oben das Nöthige bemerkt wurde. Es läßt sich in Ansehung dieses Punktes kein allgemeines Urtheil fällen, sondern nur die Regel aufstellen: daß es keine Verbindlichkeit für die Gerichte gebe, die Meinungen der Rechtsgelehrten bey dem Rechtsprechen zu berücksichtigen, oder gar zu befolgen; daß aber auch kein Verbot vorliege, dieses zu thun, sobald dieselben keinem gültigen Gesetze widerstreiten. Es mag nämlich die Gesetzgebung eines Landes noch so vollkommen gedacht werden, immer werden doch noch Dunkelheiten in Worten, Sätzen und ganzen Verfügungen derselben übrig bleiben, und immer noch sich Fälle ereignen, die in den Gesetzen nicht klar entschieden sind. Es ist nun Sache der Rechtsgelehrten, die Dunkelheiten eben so wie die Unvollständigkeiten der Gesetze nach den Regeln der Juris-

prudenz zu heben, und so die Gesetzgebung zu vervollständigen. Dieses thun zwar auch die Gerichte, aber nicht eher, als bis sich ein Fall ereignet, welcher eine solche Thätigkeit der Gerichte veranlaßt. Ergiebt sich ein solcher, überhaupt, ein schwieriger Rechtsfall wirklich, so ist es Pflicht der Gerichte, nach gesetzlich hergestellter Thatsache das anzuwendende Gesetz allseitig zu prüfen, und zu diesem Zwecke alle zu Gebote stehenden Hülfsmittel, also auch die Ansichten der Rechtslehrer hierüber, zu Rathe zu ziehen. Findet nun ein Gericht unter den verschiedenen Ansichten der Rechtslehrer über den fraglichen Fall, über eine zweifelhafte Proceßhandlung oder Form eine solche, welche es, nach reifer Erwägung aller Gründe vermöge der eigenen Rechtseinsicht, für die richtigste halten muß, so muß es auch dieser Ansicht eben so folgen, als wenn sie in einem oder mehreren Rechtssprüchen bereits ausgesprochen wäre, oder das Gericht sie bloß durch eigenes Forschen gefunden hätte. Es ist dieses kein blindes Annehmen fremder Meinung, was sich nie billigen läßt, sondern ein Befolgen der Rechtsansicht, welche das Gericht wegen ihres inneren Gehaltes, ohne Rücksicht auf deren Urheber, für die beste zu halten geistig genöthigt ist, und darum auch zu der seinigen machen und in allen vorkommenden Fällen befolgen muß. Nur die Gründe dürfen den Richter auch hier, wie in Allem, bestimmen, eine Meinung zu befolgen, mag sie diesen oder jenen Rechtslehrer zum Urheber haben. Es wäre Vermessenheit und Nichtachtung obliegender Pflicht, wenn ein Richter, im Dünkel eigener Weisheit befangen, es für unnöthig halten würde, die Meinungen der Rechtsgelehrten zu Rathe zu ziehen, und frech genug wäre, aller Doctrin Hohn sprechend, stets nur sein liebes Ich allein zu befragen und für ausreichend zu halten. Ein gewissenhafter, bescheidener Richter wird mit Sorgfalt und Umsicht bey jedem zu entscheidenden Falle alle Meinungen der Rechtslehrer, die ihm zugänglich sind, prüfen, und seine Meinung gern gegen die bessere Anderer vertauschen, weil er überzeugt ist, daß im Reiche des geistigen

Forschens die Vervollkommnungsfähigkeit keine Gränzen hat. So oft er aber eine fremde Meinung befolgt, muß er jedesmal im Stande seyn, ihre Gründe eben so darzustellen, und ihre Gegengründe eben so zu widerlegen, als wenn dieselbe wirklich von ihm selbst ausgegangen wäre. Ein solches Berücksichtigen fremder Rechtsmeinungen kann nur verstandesloser Egoismus tadeln, der im Wahne des alleinigen Besitzes alles Wissens sich nur in seinen eigenen Producten gefällt, wenn sie gleich nur Mißgeburten sind. Würde die Praxis je zu solchem Schlendrian, zu solchen Mißbräuchen und Abgeschmacktheiten gekommen seyn, wie es, nach dem Zeugnisse der Geschichte, leider nur zu oft der Fall war, wenn sie die Doctrin mehr, als sie gethan, berücksichtigt und zu Rathe gezogen hätte? Was soll ein Richter vollends in dem Falle, wenn er in den Gesetzen des gemeinen Rechts keine Verhaltungs- oder Entscheidungsnorm finden kann, sondern eine solche sich lediglich durch die Doctrin gebildet hat, Anderes thun, als daß er unter der großen Masse von Ansichten und Meinungen der Rechtsgelehrten diejenige auswähle, welche er nach seinem eigenen Urtheile für die richtigste, d. i. für diejenige hält, die dem Geiste oder dem Grundprincip des fraglichen Rechtsinstitutes oder der ganzen Gesetzgebung am angemessensten ist? Hat irgend eine Ansicht alle oder doch die mehresten Rechtsgelehrten für sich, so daß sie als ausgemacht richtig fast allgemein anerkannt wird, so soll der Richter, da er die herrschenden Rechtsansichten des Volkes, die er vorzüglich aus der Doctrin erkennen kann, nach dem präsumtiven Willen des Gesetzgebers bey dem Rechtsprechen zu berücksichtigen hat, wie schon oben bemerkt worden, von einer solchen Ansicht nur dann abgehen, wenn er sie als ungegründet oder irrig darzustellen und zu zeigen vermag, daß eine andere Ansicht den allgemeinen und den besonderen, der speciellen Gesetzgebung unterliegenden Rechtsgrundsätzen mehr entsprechend sey. Denn was von jeher auf eine gleichförmige Weise erklärt und angenommen worden, davon soll auch der Richter

nicht abgehen [99]), wenn er nicht dessen Grundlosigkeit oder einen hierbey obwaltenden Irrthum zu zeigen vermag [100]). Sind in Ansehung irgend eines Rechtssatzes die Ansichten der Rechtslehrer getheilt, so kann der Richter, wenn er nicht im Stande seyn sollte, auszumitteln, welche von denselben die richtigste sey, auch durch eigenes Forschen keine richtigere aufzufinden, unbedenklich derjenigen Ansicht folgen, welche die meisten Rechtslehrer von anerkannter Bewährtheit für sich hat, wobey natürlich nicht bloß auf die Quantität, sondern vorzüglich auf die Qualität derselben zu sehen ist. Dieses Verfahren ist darum als dem Willen des Gesetzgebers entsprechend anzunehmen, weil auch bey Collegien die Majorität der Stimmen entscheidet, weil die Menschen nach einer allgemeinen, von dem Verstande gebilligten Maxime im Zweifel dasjenige für das Richtigere zu halten pflegen, was die Majorität der Stimmfähigen dafür hält, und der Richter in solchen Fällen nach den allgemein angenommenen Maximen verfahren soll, wenn er nicht mit den allgemeinen Ansichten in Widerstreit gerathen will, was er sorgfältig zu vermeiden hat. — Das Allegiren der juristischen Schriften zur Begründung der richterlichen Verfügungen und Urtheile hat und darf nicht den Sinn haben: daß man dieses oder jenes darum verfügt, darum so entschieden habe, weil die angezogenen Rechtslehrer es so wollen; sondern nur den Sinn: daß der Richter die Meinung oder Ansicht der allegirten Schriftsteller für die begründetste halte und darum ihr folge. Für die Partheyen sind die Ansichten der Rechtsgelehrten, auf welchen die rechtskräftigen Entscheidungen beruhen, natürlich eben so bindend, wie das Gesetz; aber nicht darum, weil es diese oder jene Rechtsgelehrte — überhaupt Rechtsgelehrte — sind, sondern bloß darum, weil der Richter diese Ansichten als die richtigsten betrachtet, und vermöge der ihm zustehenden Gewalt zum formellen Recht erhoben hat.

---

99) l. 23. D. de legib.

100) l. 14. und 39. D. eod.